المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه وأصوله
شعبة الفقه

الضمان في عقد الإجارة

دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالبة
أفنان بنت محمد عبد المجيد التلمساني

إشراف
فضيلة الشيخ الدكتور/ ياسين ناصر الخطيب

١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص رسالة ماجستير بعنوان "
"الضمان في عقد الإجارة"

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى.

وبعد.

فهذه رسالة مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، وهاك أيها القارئ الكريم شرحاً موجزاً لموضوع الرسالة التي اشتملت على مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة.

أما الباب التمهيدي، فكان في التعريف بالضمان وعقد الإجارة، وقد اشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في التعريف بالضمان، ويحتوي على تعريف الضمان، وحكمه، وموجباته، وأسبابه، وكيفيته، ووقت تقديره، وتقادم الحق فيه.

أما الفصل الثاني: فهو عن التعريف بالإجارة من خلال تعريف الإجارة، وبيان حكمها، وأركانها، وشروطها بصورة موجزة.

أما الباب الأول: فقد خصصته للحديث عن ضمان العين المستأجرة، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: في أحكام عامة تتعلق بضمان العين المستأجرة، أودعت فيه أهم الأحكام المتعلقة بضمان العين المستأجرة.

أما الفصل الثاني:- فإنه يبحث في تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على المسائل الفقهية، سواء كانت الأعيان المؤجَّرة وسائل نقل أم وسائل عمل، أم عقارات ثابتة.

أما الباب الثاني: فإنه يتكلم عن ضمان الأجير بنوعيه الخاص والمشترك، وقد كان ذلك في فصلين:

الفصل الأول: في ضمان الأجير الخاص.

الفصل الثاني: في ضمان الأجير المشترك، وما يتعلق به من مسائل.

ثم ختمت الرسالة بخاتمة أودعت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث، والتي كان من أهمها:

١ - أن الأصل في العين المؤجَّرة أنها أمانة في يد مستأجرها مدة الإجارة وكذا بعدها. وعلى هذا فإن حصل فيها ضرر دون تعدٍ من المستأجر أو تفريط فإنه لا يكون ضامناً له لعدم وجود موجبات الضمان.

٢ - أن الأصل في الأجراء أنهم أمناء على ما تحت أيديهم من الأعيان فلا يضمنون إلا بالتعدي أو التفريط. إلا أن المصلحة العامة اقتضت تضمين الأجير إذا كان مشتركاً لحفظ أموال الناس حتى لا تتهاون بها الأيدي، وعلى هذا فإن ضمان الأجير المشترك ضمان تهمة لا ضمان أصالة ينتفي عند إقامة البينة على أرجح أقوال أهل العلم.

إلى غير ذلك من النتائج المدونة في خاتمة البحث.

الطالبة	المشرف	العميد
أفنان بنت محمد التلمساني	د. ياسين بن ناصر الخطيب	د. محمد بن علي العقلا

٢/١/١٩١٤هـ

الإهـــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى والديَّ الحنونين اللذيـن كـان لهمـا الفضل بعد الله سـبحانه وتعـالى فـي تربيتـي وتعليمـي فلهمـا منـي جزيـل الشـكر والثناء، ومن الله الأجر والمثوبة، والدعاء لهما بحسن العاقبة، وأن يجزيهما عنـي خير الجزاء.

شكر وتقدير

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لانبي بعده، وعلى آله وصحبه ومن تبعه، وبعد:

فلا يسعني بعد إكمال هذه الرسالة إلا أن أحمد الله تعـالى وأشـكره علـى عظيم نعمته، وجليل منته، وأسأله تعالى أن يبارك لـي فيهـا، وأن يجعلهـا عونـاً لـي على طاعته، ومحبته، وطريقاً إلى جنته ومغفرته.

وإني لأتقدم بجزيل الشكر بعد شكر الله تعالى إلى جامعة أم القرى بمهبط الوحي على عظيم ما تقدمه للعلم وطلبته، سائلة المولى عز وجل أن يبقيها صرحـاً من صروح العلم والإيمان، ومعقلاً من معاقل المعرفة والبيان.

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى فضيلة شـيخي الفـاضل الدكتـور ياسين بن ناصر الخطيب، الذي أفادني كثيراً من علمه، وآرائه وملحوظاته القيمة، والتي كان لها أكبر الأثر في ظهور البحث على ماهو عليه، سائلة الله أن يحفظـه، وأن يبارك له في عمره وعلمه، وأن يجزيه عني خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدني، وقدّم لـي العـون، وأخـص منهـم زوجي الذي كان معي في جميع مراحل البحث يحثني ويشجعني، ويبث الحماس في نفسي حتى استطعت بتوفيق الله إتمام هذه الرسالة.

وختاماً أسأل الله العظيم أن يتقبل مني هذا العمـل خالصـاً لوجهـه، موجبـاً للفوز بجناته ورضوانه العظيم، وصلى الله وسلم وبـارك علـى نبيـه وآلـه وصحبـه أجمعين.

"المقدمة"

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّه حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾(١)

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُواْ اللّه الَّذِى تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللّه كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾(٢).

﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّه وَقُولُواْ قَوْلاً سَدِيداً، يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللّه وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً﴾(٣).

وبعد:

فقد خلق الله الإنسان واستخلفه في الأرض، وسنَّ له سبيل الهداية والرشاد، حيث لم يتركه هملاً يسير في الأرض على غير هدى ولا نور، وإنما رسم له معالم الطريق التي توصله إلى السعادة في الدنيا والآخرة، وتحقق الاستخلاف الذي أراده الله والغاية منه وهو عبادة الله وحده والوقوف على شرائعه وحكمه.

ولذلك كان من أهم المهمات، وآكد الفرائض الواجبات، أن يتعلم العبد حكم ربه وشرعه ويتفقه في أمور دينه، حتى يعبد الله على بصيرة فيحقق الغاية التي من أجلها خُلق واستُخلف على الأرض.

---

(١) سورة آل عمران، آية ١٠٢.

(٢) سورة النساء، آية ١.

(٣) سورة الأحزاب، آية ٧٠ - ٧١.

وكما كان لزاماً على المسلمين أفراداً وجماعات أن يتعلموا أمور دينهم ويتفقهوا فيه، كان من الواجب على الباحثين وطلبة العلم أن يعينوا أبناء الأمة على ذلك فييسروا لهم سبل معرفة أحكام الشرع في المسائل المختلفة، وينقبوا عنها في كتب الفقهاء ليخرجوها للناس بصورة واضحة تتناسب مع العصر الذي يعيشون فيه.

ورغبة مني في الإسهام بجهد متواضع في هذا المجال، فقد وجدت الفرصة مناسبة حين أكرمني اللّه تعالى بفضله فالتحقت بشعبة الفقه في قسم الدراسات العليا بجامعة أم القرى في مرحلة الماجستير، فأحببت أن يكون لي نصيب في تقريب بعض مسائل الفقه إلى أبناء الأمة، وإن كنت أجد نفسي لست أهلاً لذلك، ولكني أستمدّ العون والتوفيق من اللّه عز وجل.

ولقد نظرت في أبواب الفقه بغية اختيار موضوع منها، فوقع نظري على عقد الإجارة ذلك العقد الذي قد لايخلو يوم يمر فيه على المسلم إلا ويتعامل به إما مؤجِّراً أو مستأجراً.

ثم استعرضت الموضوعات التي بحثته، فوجدت أنها تكلمت في جوانب عديدة منه، إلا أنني وحسب علمي واطلاعي لم أجد من أفرد الحديث عن أحكام الضمان فيه ببحث مستقل على الوجه المطلوب، فوقع اختياري عليه، لاسيما وقد تحدث الفقهاء عنه بكلام ليس بالقليل وذكروا فيه كثيراً من المسائل التي تصلح في مجموعها أن تكون رسالة في هذا المجال.

كما وأنني لاحظت أن الفقهاء عندما تحدثوا عن الضمان في عقد الإجارة تحدثوا بمسائل تناسب أزمانهم وبيئاتهم، فأردت أن أجمع تلك المسائل التي ذكرها الفقهاء وأستخلص منها ضوابط يُعرف بها الحال التي يُلزم فيها المستأجر أو الأجير بالضمان، حتى يُقاس عليها ما استجد من مسائل في العصر الحاضر.

كما لا يخفى أن الضمان والتعويض في عقد الإجارة قد تقع فيه كثير من المنازعات بين الناس بسبب الجهل به، فكان من الواجب بيان أحكامه لسد باب المنازعة والخصومة.

خطة البحث:-

وقد اقتضت خطة البحث أن يحتوي على مقدمة وبابين رئيسيين يتقدمهما باب تمهيدي، وتليهما خاتمة.

أما المقدمة فقد بيّنت فيها أسباب اختياري للموضوع وأهميته، وخطة البحث، ومنهجي فيه، وأهم الصعوبات التي واجهتني في كتابته.

أما الباب التمهيدي فهو عبارة عن "التعريف بالضمان والإجارة".

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في التعريف بالضمان، والواجب فيه، وفيه مباحث:

المبحث الأول : تعريف الضمان.

المبحث الثاني: مشروعية الضمان.

المبحث الثالث: موجبات الضمان.

المبحث الرابع : أسباب الضمان.

المبحث الخامس: الواجب في الضمان "التعويض". وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كيفية التعويض.

المطلب الثاني: وقت تقدير التعويض.

المبحث السادس: تقادم الحق في الضمان.

الفصل الثاني: التعريف بالإجارة. وفيه مباحث:

المبحث الأول: تعريف الإجارة

المبحث الثاني: مشروعية الإجارة، والحكمة منها.

المبحث الثالث: أركان الإجارة وشروطها عموماً. وفيه مطلبان:

المطلب الأول : أركان الإجارة

المطلب الثاني : شروط الإجارة.

الباب الأول: ضمان العين المستأجرة، ويتضمن تمهيداً عن أقسام الإجارة، وفصلين:

الفصل الأول: أحكام عامة تتعلق بضمان العين المستأجرة. وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة إذا تلفت في يد المستأجر، وفيه:

تمهيد عن الأصل في يد المستأجر على المأجور، ومطلبان:

المطلب الأول: ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بفعل المستأجر.

المطلب الثاني: ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بغير فعله.

ويتضمن مسألتين:

المسألة الأولى: تلف العين المستأجرة بالآفة السماوية.

المسألة الثانية: تلف العين المستأجرة بفعل شخص أجنبي. وفيه بالإضافة إلى هذه المسألة فرع وهو عن: مالو شرط المؤجِّر على المستأجر ألا يستوفي المنفعة إلا بنفسه.

المبحث الثاني: اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان.

المطلب الثاني: أثر الشرط على صحة العقد.

المبحث الثالث: ضمان المستأجر للعين إذا لم يسلم العين المؤجرة. ويحوي بالإضافة إلى المسألة الأساسية مسائل وهي كالتالي:

- هل يلزم المستأجر إعلام المؤجر بانتهاء مدة الإجارة.
- إذا اشترط المؤجِّر على المستأجر أن يرد العين المستأجرة، فهل يلزمه الرد؟.
- إذا تلفت العين في أثناء الرد.

المبحث الرابع: اختلاف المؤجِّر والمستأجر في التعدي والتفريط.
المبحث الخامس: الضمان في الإجارة الفاسدة. وفيه مطالب:
المطلب الأول: تعريف الإجارة الفاسدة.
المطلب الثاني: حكم الإجارة الفاسدة من حيث الفسخ وثبوت الأجرة، والمقدار الواجب منها.
المطلب الثالث: الضمان في الإجارة الفاسدة.
المبحث السادس: صيانة العين المؤجّرة وإصلاحها.
الفصل الثاني: - تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على المسائل الفقهية ويتضمن مبحثين:
المبحث الأول: ضمان وسائل النقل، ووسائل العمل. وفيه مقدمة عن حكم تأجير وسائل النقل والعمل ومطلبان:
المطلب الأول: ضمان وسائل النقل:
وفيه تمهيد عما يشترط معرفته في راكب الدابة أوالقدر المحمول عليها، وثلاثة أقسام:
القسم الأول: مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للركوب، ويندرج تحته المسائل التالية:
المسألة الأولى: ضمان من اكترى دابة ليركبها فأركب غيره مكانه.
المسألة الثانية: الضمان بإركاب الرديف.
المسألة الثالثة: ضمان من استأجر دابة ليركبها فحمل عليها.
المسألة الرابعة: الضمان بالمخالفة في ركوب الدابة بالسرج أو الإكاف.
القسم الثاني: في ضمان الدواب المستأجرة للحمل، ويحوي المسائل التالية:
المسألة الأولى: ضمان المكتري إذا خالف وحمّل الدابة غير المشروط. وفيه حالتان:

الحالة الأولى: المخالفة في جنس المحمول.
الحالة الثانية: المخالفة في قدر المحمول.
المسألة الثانية: من يعود عليه الضمان بالزيادة على القدر المشروط.
المسألة الثالثة: الضمان فيمن اكترى دابة ليحمل عليها فركبها.
القسم الثالث: مسائل مشتركة في ضمان دواب الركوب والحمل. وفيه مسائل:
المسألة الأولى: ضمان المستأجر إذا ضرب الدابة أو ألجمها فتلفت.
المسألة الثانية: الضمان فيمن اكترى مركوباً ليسلك به طريقاً فسلك آخر.
المسألة الثالثة: فيمن اكترى مركوباً ليسير به إلى مكان معين فجاوزه.
المطلب الثاني: ضمان وسائل العمل.
المبحث الثاني: ضمان العقارات الثابتة، وفيه تمهيد عن معنى العقارات الثابتة، ومطلبان:
المطلب الأول: ضمان الدور والمنازل، يتقدمه كلام عن حكم كرائها واشتراط بيان ما يعمل فيها.
المطلب الثاني: ضمان الأراضي، ويتقدمه أيضاً كلام عن حكم كرائها واشتراط بيان مايعمل فيها.
الباب الثاني: ضمان الأجير. وفيه فصلان:
الفصل الأول: ضمان الأجير الخاص. ويتضمن مبحثين:
المبحث الأول: تعريف الأجير الخاص.
المبحث الثاني: ضمان الأجير الخاص.
الفصل الثاني: ضمان الأجير المشترك. وفيه مباحث:
المبحث الأول: تعريف الأجير المشترك.
المبحث الثاني: ضمان الأجير المشترك.

المبحث الثالث: مسائل متعلقة بضمان الأجير المشترك. وهي كالتالي:

المسألة الأولى: ضمان الأجير إذا حبس العين لاستيفاء الأجرة.

المسألة الثانية: اختلاف الأجير والمستأجر في التعدي والتفريط.

المسألة الثالثة: كيفية تضمين الأجير المشترك.

المسألة الرابعة: ضمان تابع الأجير.

المسالة الخامسة: ضمان الطبيب.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث.

منهجي في البحث:

سلكت في كتابة البحث المنهج التالي:-

أولاً: اتبعت أسلوب الموازنة الفقهية بين المذاهب الأربعة، وقد أذكر أقوال بعض الفقهاء من غير المذاهب إذا لزم الأمر.

ثانياً: المباحث والمطالب التي تحتاج إلى تمهيد قبل الدخول في أحكام ضمانها قدمت لها بتمهيد يزيل الإشكال عنها.

ثالثاً: اقتضت مسائل البحث التي تعرضت لها أن أذكر القول وأُلحقه بدليله ثم ماورد عليه من مناقشة إن وجدت، ثم أذكر الأقوال الأخرى كل مع دليله.

والسبب في اتباعي لهذا المنهج أنني وجدت أن أغلب مسائل البحث مختصرة جداً وغالباً ماتكون أدلتها عقلية تأخذ شكل التعليل، فلو ذكرت الأقوال ثم الأدلة، ثم المناقشات لأدى ذلك إلى إرباك القارئ وتشتيت ذهنه فعدلت عن هذه الطريقة إلى الطريقة الأولى واتخذتها منهجاً لي في كل مسائل البحث وإن طالت أدلتها. هذا وقد جمعت بين المذاهب التي اتفقت على القول، فإن وجدت أن المسألة لها تفريعات عديدة في المذهب الواحد، فإنني أفرد كل مذهب على حدة.

رابعاً: في بعض مسائل البحث سيجد القارئ أنني لم أذكر قولاً لبعض فقهاء المذاهب الأربعة في المسألة، والسبب أنني لم أقف على نص لهم فيها، ولا أشير إلى ذلك في الهامش حتى لا أثقل هوامش الرسالة، وكما قيل "السكوت عن العلامة علامة".

خامساً: عزوت الآيات القرآنية إلى سورها، وذكرت رقم الآية.

سادساً: اعتنيت بتخريج الأحاديث النبوية من مصادرها، مع الإشارة إلى حكم العلماء عليها من حيث الصحة والضعف ما أمكنني ذلك. فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فإني اكتفي في الغالب بتخريجه منهما دون ذكر لكتب السنة الأخرى التي أخرجته. وإذا تكرر لفظ الحديث أحلت على أول موضع ذُكر فيه بقولي "سبق تخريجه"، وأذكر رقم الصفحة.

سابعاً: قمت بتخريج الآثار من الكتب المعتمدة، وأذكر حكم المحدِّثين عليها ماوجدت إلى ذلك سبيلاً، فإن لم أقف على تخريجها سكتُّ عنها.

ثامناً: ترجمت لكل الأعلام الذين ورد ذكر أسمائهم في صلب الرسالة، وإذا تكرر العلم، فلتراجع فهرس الأعلام.

تاسعاً: اعتنيت بإيضاح المصطلحات والألفاظ التي أرى أنها بحاجة إلى بيان.

عاشراً: ما تصرفت فيه بحذف أو إضافة، أو إعادة صياغة جعلته مسبوقاً بكلمة "انظر" وما أخذته نصاً جعلته بين علامتي تنصيص.

الحادي عشر: الأقوال التي تكثر فيها التفريعات، ويكون النص فيها دقيقاً أو محتملاً، ذكرته بالنقل الحرفي لإثبات صحة النسبة.

الثاني عشر: قمت بإعداد فهارس عامة للرسالة تشتمل على فهرس الآيات القرآنية ورتبته حسب ترتيب السور، وفهرس الأحاديث النبوية، والآثار، والأعلام الذين ورد ذكرهم في صلب الرسالة ورتبت هذه الفهارس بالحروف الهجائية حتى

يسهل الرجوع إليها، وفهرس المصادر والمراجع وهو مرتب حسب الفنون كالقرآن الكريم، ثم كتب التفسير فكتب الحديث وهكذا، ومن ثَمَّ داخل كل فن أرتبه ترتيباً هجائياً.

الثالث عشر: أعتمدت طريقة التوثيق المختصر بذكر المؤلف والكتاب والجزء والصفحة، ومن أراد معرفة بيانات الكتاب كاملاً، فليرجع إلى فهرس المراجع.

الصعوبات التي واجهتني في البحث:

لقد واجهتني في كتابة البحث صعوبات أهمها مايلي:-

١ - أن بعض فقهاء المذاهب يوردون مسائل دقيقة في موضوع الضمان في عقد الإجارة، قد لايوردها غيرهم من المذاهب، وليس من الممكن معرفة عدم وجودها عند غيرهم إلا بعد بحثها في كثير من الكتب مما يستغرق وقتاً وجهداً طويلين، قد لايدركه القارئ.

٢ - عدم وجود بحوث فقهية معاصرة تتناول الحديث عن ضمان الوسائل المستجدة، مما اضطرني إلى الرجوع إلى بعض كتب أهل الخبرة - فيما أعلمه - لمعرفة الحالات التي يعتبرونها تعدِّياً ومجاوزة للحد حتى أقول بالضمان تطبيقاً للضابط الذي وضعه الفقهاء في هذا المجال.

٣ - من أصعب ما واجهني في كتابة البحث هو عملية الترجيح بين الأقوال، وذلك أن أغلب مسائل البحث اجتهادية لا نص فيها من كتاب أو سنة أو أثر أو إجماع لذلك فإن الفقهاء يستدلون لها في الغالب بأدلة عقلية أو علل ترجح الأخذ بهذا القول دون غيره، ويغفلون في الغالب إيراد مناقشة لأقوال الآخرين وأدلتهم، فيصبح الترجيح بين الأقوال صعباً لعدم وجود النص، وعدم وجود المناقشة التي تجعلني آخُذُ بقول دون آخر، ولذلك فإني لم أورد مناقشة في المواضع التي أغفل الفقهاء ذكرها، إلا أنني عند الترجيح أسوق العلة التي

جعلتني أقدم أحد الأقوال على غيره من كوني أراه أقرب إلى الصواب وإلى قواعد الشرع العامة التي تحقق مصالح شرعية واجتماعية لأفراد المجتمع.

وأخيراً:

فإن الكمال لله عز وجل، والعصمة للأنبياء عليهم الصلاة والسلام فيما يبلغونه عن ربهم.

وهذا جهد المقل، لا أدعي أني بلغت الكمال فيه أو قاربت، ولا غطيت جميع مسائله القديمة منها والمعاصرة، وإنما حاولت جاهدةً أن أتناول النقاط الرئيسية، والصور التي قد تعم بها البلوى ويكثر النزاع فيها بين الناس، لذلك فقد أوضحت الضوابط المعتبرة في هذا الموضوع بالشكل الذي أراه مناسباً، فإن أصبت – وهو ما أرجوه – فبتوفيق من الله عز وجل، وإن أخطأت أو قصرت فمن نفسي والشيطان، وعزائي في ذلك أني بشر يعتريني مايصيب البشر من النقص، ورحم الله العماد الأصبهاني[(١)] القائل: "إني رأيت أنه لايكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غُير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قُدّم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل. وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"ا.هـ.

وأسأل الله تعالى أن يجعل عملي هذا وسائر أعمالي خالصة لوجهه الكريم موجبة للفوز برضوانه وجنات النعيم، وأن ينفعني به وجميع المسلمين. وأن يرزقنا جميعاً حسن العاقبة في أمور الدنيا والدين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على النبي الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

(١) محمد بن محمد بن حامد بن محمد الأصبهاني، المعروف بالعماد الأصبهاني. ولد سنة تسع عشرة وخمسمائة بأصبهان. صاحب المصنفات والرسائل. له من المصنفات الجريدة: جريدة النصر في شعراء العصر، والفتح القدسي، والبرق السامي. توفي سنة سبع وتسعين وخمسمائة عن ثمان وسبعين سنة.
انظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٢١، ص ٣٤٥. ابن كثير، البداية والنهاية ج١٣، ص ٣٣.

الباب التمهيدي

"التعريف بالضمان والإجارة"

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في التعريف بالضمان، والواجب فيه.

الفصل الثاني: التعريف بالإجارة.

الفصل الأول: – التعريف بالضمان والواجب فيه

وفيه مباحث:

المبحث الأول: تعريف الضمان.

المبحث الثاني: مشروعية الضمان.

المبحث الثالث: أركان الضمان.

المبحث الرابع: أسباب الضمان.

المبحث الخامس: الواجب في الضمان "التعويض".

المبحث السادس: تقادم الحق في الضمان.

المبحث الأول: تعريف الضمان

الضمان لغة:-

جاء في كتاب المقاييس في اللغة : "ضَمَن: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشئ في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضمنّت الشيء إذا جعلتهُ في وعائه، والكَفَالة تسميّ ضَماناً من هذا؛ لأنّه كأنّه إذا ضَمِنَه فقد استوعبَ ذمَّته"[١]أ.هـ.

وفي لسان العرب: "الضَّمينُ: الكفيلُ. ضَمِنَ الشيءَ وبه ضَمْناً وضَمَاناً: كفل به. وضَمَنَّه إياه: كَفَّلَه ... وضَمَّنَته الشيءَ تَضْميناً فَتَضمنَّهُ عني: مثل غَرَّمْتُه"[٢]ا.هـ.

وجاء في القاموس المحيط : "ضَمَنَ الشْيءَ وبه كَعِلَم ضَماناً ، وضَمْناً فهو ضامنٌ، وضَمين كَفَلَهُ وضَمَّنْتُهُ الشيءَ تَضْميناً فَتَضمَّنهُ عَنْي غَرمْتُهُ فالْتَزَمْه، وما جَعَلْتَهُ في وعاء فقد ضَمَّنْتهُ إياه"[٣]ا.هـ.

فالضمان في اللغة أصله الإحتواء على الشيء، ويرد على معانٍ أخرى كالكفالة، والغرامة وهو المعنى المراد هنا.

الضمان في الاصطلاح:-

أطلق الفقهاء لفظ الضمان على معنيين: وهما الكفالة، وغرامة التالف بمثله أو قيمته، وهو الذي يهمنا.

وقد وردت عن الفقهاء تعريفات للضمان بالمعنى الثاني، وهي وإن كانت تختلف من حيث اللفظ، إلا أنها تدل في مجموعها على أن الضمان هو "موجب الغرم مطلقاً"[٤].

ومن هذه التعريفات:

ماقاله الحموي[٥]: إن الضمان هو "رد مثل الهالك

---

(١) ابن فارس، ص ٦٠٣، مادة "ضمن".

(٢) انظر : ابن منظور، ج ٩، ص ٨٩، ٩٠، مادة "ضمن".

(٣) الفيروزبادي، ج٤، ص ٢٤٥، مادة "ضمن".

(٤) البناني، حاشية البناني على شرح الزرقاني، ج ٥، ص ٩٩.

(٥) هو أحمدبن محمد مكي، أبوالعباس شهاب الدين الحسيني الحموي.مدرس من علماء=

أو قيمته"(١).

وعرَّفه الشوكاني(٢) بأنه عبارة عن "غرامة التالف"(٣).

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات"(٤).

كما وردت تعريفات للضمان عند بعض المعاصرين منها:

١ - "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"(٥).

٢ - "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"(٦).

٣ - "شغل ذمة بحق،أو بتعويض عن ضرر"(٧).

٤ - "لزوم إعطاء مثل الشيء أو قيمته"(٨).

= الحنفية. حموي الأصل مصري. كان مدرساً بالمدرسة السليمانية بالقاهرة. وتولى إفتاء الحنفية. وصنف كتباً كثيرة منها: "غمز عيون البصائر - شرح الأشباه والنظائر" و "فضائل سلاطين آل عثمان" توفي سنة ألف وثمان وتسعين.

انظر ترجمته : الزركلي، الأعلام، ج ١، ص ٢٣٩.

(١) غمز عيون البصائر، ج ٢ ص ٢١٠.

(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ثم الصنعاني. ولد سنة ثلاث وسبعين ومائة وألف. نشأ بصنعاء. تفقه على يد العلامة أحمد بن محمد بن الحرازي، ومن شيوخه عبد الله بن إسماعيل النهمي، والحسن بن إسماعيل المغربي. بلغ عدد دروسه في اليوم والليلة نحو ثلاثة عشر درساً. انتهت إليه الفتيا في عصره. من كتبه: "الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة" و "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" و "فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير. توفي سنة مائتين وخمسين وألف.

انظر ترجمته: الشوكاني، البدر الطالع، ج ٢، ص ٢١٤. الزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ٢٩٨.

(٣) نيل الأوطار، ج ٦، ص ٤١.

(٤) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٣٧٨، المادة ٤١٦.

(٥) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ١٠٣٢، ف ٦٤٨.

(٦) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٥.

(٧) محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٤.

(٨) القاري، مجلة الأحكام الشرعية، ص ١١٤، المادة ٢١٨.

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أن بعضها أورد لفظ، الالتزام، أو اللزوم، والبعض الآخر أغفل هذا اللفظ مع أهميته؛ ذلك حتى لا يظن أحدٌ أن الضمان ليس بملزم لمن تعاطى سببه.

كما نلاحظ أن بعض التعريفات أغفلت ذكر الضرر، وهذا يعد قصوراً في التعريف؛ ذلك لأن الضرر هو أساس الضمان وموجبه.

هذا وإننا نجد في بعض التعريفات السابقة تطويلاً لاداعي له كمن عرّف الضمان بأنه "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال ... الخ" فإن هذا التعريف ذكر ألفاظاً كثيرة كان بالإمكان اختصارها في كلمة الضرر إذ أنها تدل عليها، فالأصل في التعويض أن يكون ناتجاً عن ضرر أصاب الغير سواء كان ذلك الضرر تلف مال، أو ضياع منفعة.

وكلما كان التعريف أقصر عبارة وأوفى بالغرض كان أولى. وأما من عرف الضمان بمعناه الشامل فقال "إنه شغل ذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر". فقد أقحم فيه الكفالة، وضمان الديات، وضمان قيمة الصيد، وضمان كفارة اليمين، وكفارة الظهار، والإفطار عمداً في رمضان[1].

وليس هذا المراد هنا؛ لأننا نريد أن نعرّف الضمان على أساس معنى جبر الضرر الواقع على المال؛ وذلك حتى تبقى نظرية الضمان في إطارها الفقهي كنظرية للتعويض. وعلى هذا فإنه لايجوز التوسع فيها بإدخال بعض الأمور التي ألزم بها الشارع الحكيم مالم يتعلق الأمر فيها بالتعويض[2]. ولعل من ذكر هذا التعريف أراد بالضمان معناه العام الشامل لكل ماذُكر.

---

(١) انظر: محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٤.

(٢) انظر: محمد بن محمد شتا أبو سعد، تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الإسلامي (بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد السادس، عام ١٤١٣هـ) ص ١٩٢.

ولعل أشمل تعريف يقال في الضمان إنه: إلزام الشرع من ضر غيره بالتعويض.

شرح التعريف

إلزام:- بمعنى أن الضمان واجب عند حدوث الضرر.

الشرع:- قيد في التعريف ليخرج الإلزام الوضعي، كمن كسر آلات الملاهي المحرمة فإنه يضمن في القانون الوضعي، ولكن لا يضمن عند الشارع.

كما وأن هذا القيد يبين أن أساس الضمان هو إلـزام الشـارع، فيدخل فيه ما التزمه الإنسان من عقود؛ لأن الشريعة أمرت بتطبيق الالتزامات الناشئة عن العقد، وذلك في قوله تعالي : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوفُواْ بِالعُقُودِ﴾[١].

والأمر للوجوب. قال الحسن[٢] في تفسير هذه الآية: "يعني بذلك عقود الدين وهي ماعقده الإنسـان على نفسه من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير، وغير ذلك من الأمور ماكان غير خارج عن الشريعة"[٣] ا.هـ.

ولاشك أن عدم الوفاء بالتزامات العقد قد يؤدي إلى الضرر فيوجب الضمان.

كما يدخل فيه الضمان الناتج عن الفعل الضار كمن "غصب مالاً، أو أتلف

---

(١) سورة المائدة، آية (١).

(٢) هو الحسن بن يسار البصري. أبوسعيد مولى الأنصار، وأمه خيرة مولاة أم سلمة. قال سعد ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر. كان فصيحاً. رأى علياً وطلحة وعائشة، وكان سيد التابعين في زمانه بالبصرة. قال عنه قتادة: ماجالست فقيها قط إلا رأيت فضل الحسن عليه. وقال أيوب: ما رأت عيناي رجلاً قط كان أفقه من الحسن. توفي عام مائة وعشر، وكان عمره ثمان وثمانين سنة.

انظر: ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج ٢، ص ٢٣١. الذهبي، ميزان الإعتدال، ج ١، ص ٥٢٧، ابن كثير، البداية والنهاية، ج ٩، ص ٢٨٠.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٦، ص ٣٢.

شيئاً متمولا أوحال دون وجه حق بينه وبين صاحبه فهلك، أو تعدى على عقار غيره"[١]. والشريعة نهت عن الإضرار بالغير.

من ضرّ:- الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين[٢]، وهو يشمل الضرر المالي، والنفسي، ويشمل المثلي والقيمي والجزئي والكلي. وهذا القيد يخرج به النفقات، فالنفقة قد تلزم الإنسان مع أنه لم يلحق الضرر بغيره.

غيره: قيد في التعريف؛ لأن من أتلف حاجة نفسه فإنه لايُلزم بضمانها لعدم الفائدة. وإن كان الشرع يمنعه من إتلاف ماله متعمداً، صيانة للأموال كما وأن هذا القيد يخرج جميع الكفارات لأنها لم تترتب على ضرر بالغير غالباً.

بالتعويض:- وهو البدل المالي الذي يدفعه الضار لمن ضره[٣].

---

(١) محمد بن محمد شتا، تعريف المسؤولية المدنية، ص ١٩٧.

(٢) انظر: المناوي، فيض القدير، ج ٦، ص ٤٣١.

(٣) انظر: محمد بن محمد شتا، تعريف المسؤولية المدنية، ص ١٩٩.

المبحث الثاني : مشروعية الضمان

"قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين"(١) وأدلة الضمان في الشريعة الغراء متعددة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

فالقرآن الكريم، والسنة المطهرة يقرران حرمة الأموال ويحرمان الاعتداء عليها ويلزمان برد الأموال المقبوضة(٢).

أولاً: – من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَااعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾(٣). وهذا عموم في كل اعتداء(٤).

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَاعُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾(٥).

ثانياً:– من السنة:

كما دلت السنة المطهرة على حرمة الأموال وحرمة الاعتداء عليها ووجوب الضمان بالاعتداء فعن أنس(٦) قال: كان النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم عِنْدَ بَعْضِ نِسائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدى أُمُهاتِ المُؤْمِنِينَ بِصَحْفَةٍ فيها طَعامٌ، فَضَربتِ التي النَّبيُّ صلى الله عليه وسلم في بَيْتِها يَدَ الْخَادِمِ فَسَقَطَتْ الصَّحْفَة فانْفَلَقَت، فَجَمَعَ النَّبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٦.

(٢) انظر: محمد محمد شتا، تعريف المسؤولية المدنية، ص ١٩٢.

(٣) سورة البقرة، آية ١٩٤.

(٤) انظر : القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، ج٢، ص ٣٥٧.

(٥) سورة النحل، آية ١٢٦.

(٦) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم رضي الله عنه. أمه أم سليم بنت ملحان. ذهبت به أمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم المدينة فكان يخدمه، وكان له يومئذ تسع سنين. دعا له النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "اللهم أكثر ماله وولده وأطل عمره وأغفر ذنبه" كان آخر الصحابة وفاة، حيث مات سنة اثنتين وتسعين، وهو ابن تسع وتسعين. انظر ترجمته: الذهبي، صفة الصفوة، ج١، ص ٣١٩. ابن حجر، الإصابة، ج ١، ص ٢٧٦.

فِلَقَ الصَّحْفَةِ ثُمَّ جَعَلَ يَجْمَعُ فيها الطَّعامَ الَّذي كان في الصَّحَفَةِ وَيَقُولُ: "غارَتْ أُمُّكُـمْ" ثُمَّ حَبَسَ الخادِمَ حَتّى أُتِيَ بِصَحْفَةٍ مِنْ عِنْدِ الَّتي هُوَ في بيْتِها، فَدَفَعَ الصَّحْفَةَ الصَّحيحَةَ إِلىَ الَّتي كُسِرَتْ صَحْفَتُهَا وَأَمْسَكَ الْمَكسُورَةَ في بَيْتِ الَّتي كَسِرَتْ فيهِ"[١].

وفي لفظ للترمذي[٢] عن أَنَس قالَ: "أَهْدَتْ بَعْضُ أَزْوَاجِ النبيِّ صلى اللّـه عليـه وسلم إلى النبي صلى اللّه عليه وسلم طَعَاماً في قَصْعَةٍ. فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ[٣] الْقَصْعَةَ بِيَدِهَا فَأَلْقَتْ مَافِيها، فقَالَ النبيُّ صلى اللّه عليه وسلم: " طَعَامٌ بِطعامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِناء"[٤].

"والحديث دليل على أن من استهلك على غيره شيئاً كان مضموناً بمثله"[٥].

ماروي عن الْبَرَاءِ بنِ عَازِبٍ[٦] قال كَانَتْ لَهُ نَاقَةٌ ضَارِيَةٌ[٧]. فَدَخَلَتْ

---

(١) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح" ، ج ١٠، ص ٤٠٠، كتاب النكاح (٦٧)، باب الغيرة (١٠٨)، رقم الحديث ٥٢٢٥.

(٢) محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الضحاك السلمي. أبوعيسى الترمذي. أحد الأئمة. طاف البلاد وسمع خلقاً من الخراسانيين، والعراقيين، والحجازيين. قال الإدريسي: كان الترمذي أحد الأئمة الذين يقتدى بهم في علم الحديث، صنف الجامع والتواريخ والعلل تصنيف رجل عالم متقن. قال له محمد بن إسماعيل البخاري: "ما انتفعت بك أكثر مما انتفعت بي". عمي في آخر عمره. مات سنة تسع وتسعين ومائتين.
انظر ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج ٩، ص ٣٤٤.

(٣) عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي اللّه عنهما. زوج النبي صلى اللّه عليه وسلم، تزوجها رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قبل الهجرة بسنتين، وهي بنت ست سنين، وبنى بها بالمدينة وهي بنت تسع سنين ولم يتزوج بكراً غيرها. وكانت غزيرة العلم. عاشت مع النبي صلى اللّه عليه وسلم تسع سنين. توفيت رضي اللّه عنها سنة سبع وخمسين، وهي ابنة ست وستين سنة.
انظر ترجمتها: ابن الجوزي، صفة الصفوة، ج ٢، ص ٧. ابن حجر، الإصابة، ج ٨، ص ٢٣١.

(٤) الترمذي، جامع الترمذي "المطبوع مع تحفة الأحوذي"، ج ٤، ص ٤٩٤، ٤٩٥، أبواب الأحكام، باب ماجاء فيمن يُكسر له شيء (٢٣)، رقم الحديث ١٣٧٠.

(٥) الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ١٣٦.

(٦) البراء بن عازب بن الحارث الخزرجي، أبوعمارة. قائد صحابي من أصحاب الفتوح، أسلم صغيراً وغزا مع رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم خمس عشرة غزوة، كان أميراً على الري في عهد عثمان. عاش إلى أيام مصعب بن الزبير. سكن الكوفة وتوفي سنة إحدى وسبعين.
انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج١، ص ٤١١.

(٧) الضَّارِيةُ: المُعْتادةُ لرَعْي زُرُوع الناسِ.
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج٣، ص ٨٦.

حَائِطاً(١) فأَفْسَدَتْ فِيهِ فَكُلِّمَ رَسُولُ اللّه صلى اللّه عليه وسلم فِيهَا فَقَضَى أَنّ حِفْظَ الْحَوائِطِ بالنَّهارِ عَلَى أَهْلِهَا، وأَنّ حِفْظَ الْمَاشِيةِ باللّيْلِ عَلَى أَهْلِهَا، وَأَنّ عَلَى أَهْلِ الْمَاشِيَةِ ما أَصَابَتْ ماشِيَتُهُمْ باللَّيْلِ"(٢).

فالحديث السابق يدل على أن "ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها، وما أفسدت بالليل ضمنها مالكها"(٣).

وهذا يقرر مشروعية الضمان.

ومن الأحاديث التي تقرر مبدأ الضمان، واعادة المقبوض على الحالة التي أُخذ بها ما رواه الْحَسَن عَنْ سَمْرة(٤) عَنِ النبيِّ صلى اللّه عليه وسلم قالَ: "عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ"(٥).

---

(١) الحائط: هو البستان من النخيل إذا كان عليه حائط وهو الجدار.
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج ١، ص ٤٦٢.

(٢) مالك بن أنس، الموطأ، ج٢، ص ٥٧٣، كتاب الأقضية (٣٦)، باب القضاء في الضواري والحريسة (٢٨)، رقم الحديث ٣٧. الساعاتي، الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد، ج١٥، ص ١٥٠، كتاب الغصب، باب ماجاء في جناية البهائم. أبوداود، سنن أبي داود، ج٣، ص ٢٩٦، كتاب البيوع باب المواشي تفسد الزرع، رقم الحديث ٣٥٧٠. "واللفظ له". ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج٢، ص ٧٨١، كتاب الأحكام (١٣)، باب الحكم فيما أفسدت المواشي (١٣)، رقم الحديث ٢٣٣٢.
وقال ابن عبد البر: "هذا الحديث وإن كان مرسلاً فهو حديث مشهور أرسله الأئمة وحدّث به الثقات واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول وجرى في المدينة به العمل".
ابن عبد البر، التمهيد، ج ١١، ص ٨٢.
قلت: كيف وقد أخرجه أبوداود موصولاً.

(٣) العظيم آبادي، عون المعبود، ج ٩ ص ٣٥٠.

(٤) سمرة بن جندب بن هلال بن جريج الفزاري. أبوسعيد، كان حليف الأنصار، سكن البصرة وكان زياد يستخلفه عليها فلما مات زياد أقره معاوية عاماً أو نحوه ثم عزله. قال عنه ابن سيرين كان عظيم الأمانة صدوق الحديث يحب الإسلام وأهله. مات بالبصرة سنة ثمان وخمسين حيث سقط في قدر مملوءة ماء حاراً.
انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة ، ج ٣، ص ١٥٠. تهذيب التهذيب، ج ٤، ص ٢٠٧.

(٥) الساعاتي، "الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد "، ج ١٥، ص ١٢٩، كتاب الوديعة والعارية، باب ماجاء في ضمان الوديعة والعارية. أبوداود، سنن أبي داود، ج ٣، =

"فالحديث دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إجارة أو غيرهما حتى يرده إلى مالكه"(١)

وعلى هذا فإنه إن رد المال على غير الصورة التي كان عليها فإنه يضمنه؛ لأنه تعاطى أسباب ضمانه.

كما وأن حديث عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ(٢)، أَنَّ رَسُول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قَضَى أَنْ " لاَضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"(٣).

= ص ٢٩٤، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم الحديث ٣٥٦١. الترمذي، جامع الترمذي "المطبوع مع تحفة الأحوذي"، ج ٤، ص ٤٠٢، أبواب البيوع، باب فيما جاء أن العارية مؤداة (٣٩). رقم الحديث ١٢٨٤. واللفظ لهما. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٠٢، كتاب الصدقات (١٥)، باب العارية (٦)، رقم الحديث ٢٤٠٠.

فالحديث رواه الأربعة إلا النسائي، وصححه الحاكم وأقره الذهبي. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

انظر: البنا، بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، ج ١٥، ص ١٢٩.

(١) العظيم آبادي، عون المعبود، ج ٩، ص ٣٤٤.

(٢) عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن الخزرج الأنصاري. أبوالوليد المدني. أحد النقباء ليلة العقبة شهد بدراً فما بعدها. كان أحد من جمع القرآن في زمن النبي صلى اللّه عليه وسلم. أرسله عمر إلى فلسطين ليعلم أهلها القرآن وكان أول من ولي القضاء بفلسطين وأقام بها إلى أن مات سنة أربع وثلاثين، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة.

انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج ٣، ص ٥٠٥.

(٣) مالك بن أنس، الموطأ، ج ٢، ص ٦١٥، كتاب المكاتب (٣٩)، باب مالايجوز من عتق المكاتب (١١)، رقم الحديث ١٣. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٤، كتاب الأحكام (١٣)، باب من بنى في حقه مايضر بجاره (١٧)، رقم الحديث ٢٣٤٠. كما رواه عن ابن عباس رقم الحديث ٢٣٤١. ورواه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس أيضاً، انظر: الساعاتي "الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد"، ج ١٥، ص ١١٠، كتاب الصلح وأحكام الجوار، باب ماجاء في الطريق إذا اختلفوا فيه.

وقال المناوي عن الحديث: "قال الهيثمي رجاله ثقات، وقال النووي في الأذكار هو حسن ... فالحديث حسنه النووي في الأربعين. قال: ورواه مالك مرسلاً ، وله طرق يقوي بعضها بعضاً. وقال العلائي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة، أو الحسن المحتج به" ا.هـ.

انظر : فيض القدير ، ج ٦، ص ٤٣٢.

يدل على وجوب الضمان عموماً، بل يعتبر قاعدة أساسية في هذا الشأن[١]؛ لأن الضرر هو أساس الضمان "وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن"[٢].

كما أجمع الفقهاء على مشروعية الضمان[٣].

ولأن من "أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه لزمه بدل ما أتلف؛ لأن الأبدال في المتلفات كالقصاص في النفوس، وقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[٤] معناه أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يُفعل به مثل ما فعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وانزجر خيفة أن يُقتص منه فكأن في ذلك حياة للنفوس، وإلا اجترأ الناس بعضهم على بعض كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم على أموال بعض إذ لابدل يلزمهم"[٥].

---

(١) انظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٧.

(٢) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٥.

(٣) انظر: محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٦.

(٤) سورة البقرة، الآية ١٧٩.

(٥) عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢١١، ١٢١٢.

المبحث الثالث: موجبات الضمان

أشار الكاساني[(١)] إلى موجبات الضمان حيث قال: "وأما مسائل الإتلاف فالكلام فيها لايخلو إما أن ورد على بني آدم، وإما أن ورد على غيرهم من البهائم والجمادات. فإن ورد على بني آدم فحكمه في النفس وما دونها نذكره في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى. وإن ورد على غير بني آدم فإنه يوجب الضمان إذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع:

في بيان كونه سبباً لوجوب الضمان، وفي بيان شروط وجوب الضمان، وفي بيان ماهية الضمان الواجب.

(أما) الأول: فلا شك أن الإتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب؛ لأن إتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة. وهذا اعتداء وإضرار، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[(٢)]. وقال عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا إضرار في الإسلام"[(٣)]. وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن، ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى، سواء وقع إتلافاً له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه صالحاً للإنتفاع، أو معنى بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة. لأن كل ذلك اعتداء وإضرار. وسواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل

---

(١) أبوبكر بن مسعود بن أحمد بن علاء الدين. ملك العلماء الكاساني. صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء أخذ العلم عن علاء الدين السمرقندي صاحب التحفة. وعن مجد الأئمة السرخكسي. وله كتاب السلطان المبين في أصول الدين. تفقه عليه ابنه محمود، وأحمد بن محمود الغزنوي. توفي في رجب سنة سبع وثمانين وخمسمائة.
انظر ترجمته: اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ٥٣. الزركلي، الأعلام، ج٢، ص ٧٠.

(٢) سورة البقرة، من آية ١٩٤.

(٣) سبق تخريجه، ص ٢١، بلفظ "ولا ضرار".

التلف، أو تسبباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة لأن كل واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً فيوجب الضمان"[١] ا.هـ.

فمن خلال هذا النص للكاساني نستطيع أن نستخلص موجبات الضمان وهي كالتالي:-

١ - التعدي.   ٢ - الضرر.

٣ - إمكانية نسبة الفعل الموجب للضمان إلى من يراد تضمينه، وهذا الموجب يشمل الفعل سواء كان مباشرة أو تسبباً.

الموجب الأول: التعدي:-

جاء في كتاب المقاييس في اللغة: "العين والدال والحرف المعتل أصلٌ يرجع إليه الفروع كلها، وهو يدل على تجاوزٍ في الشيء وتقدُّمٍ لما ينبغي أن يقتصر عليه ... فالتعدي تجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه"[٢] ا.هـ.

وقد وردت تعريفات للتعدي عند الفقهاء منها ماورد في مجلة الأحكام العدلية بأن التعدي: "الاستهلاك وجناية اليد، أو التقصير في الحفظ"[٣].

(١) البدائع، ج ٧، ص ١٦٥. واعتبار التعدي والضرر، وإمكانية نسبة الفعل الموجب للضمان لمن يراد تضمينه موجبات للضمان، أولى مما ذكره بعض المعاصرين أن هذه أركان الضمان، لأن الركن جزء من الماهية والتعدي والضرر والواسطة بينهما ليست جزءاً من ماهية الضمان وإنما هي موجبات للضمان كما أشار إلى ذلك الكاساني. ولو قلنا إن التعدي والضرر والواسطة بينهما من أركان الضمان لصح أن نقول إن الحدث ركن من أركان الطهارة مع أنه موجب من موجبات الطهارة، فهنا التعدي والضرر مثل الحدث.

ويمكن أن يقال إن أركان الضمان هي: ضامن ومضمون له، وحق مضمون. كما يقال في أركان البيع العاقدان والصيغة. وممن ذكر أن أركان الضمان هي التعدي والضرر والإفضاء من المعاصرين. د. وهبة الزحيلي في كتابه نظرية الضمان، ص ١٨، ود. محمد فوزي فيض الله في كتابه نظرية الضمان، ص ٨٨.

(٢) انظر ابن فارس، ص ٧٤٦ "مادة عدى".

(٣) انظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٦٠٠، المادة ٦٠٨. بتصرف يسير.

كما جاء في شرح حدود ابن عرفة[١]: "أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملك الرقبة[٢]، أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه"[٣] ا.هـ.

"فقوله: "بملك الغير" يخرج الانتفاع بملك نفسه.

وقوله: "بغير حق" يخرج الانتفاع بحق كنحو الإجارة والعارية وغيرهما"[٤].

قوله: "دون قصد تملكه" أخرج به الغصب.

قوله: "أو إتلافه" هذا قسم من أقسام التعدي، والضمير يعود على الملك وهو عطف على الانتفاع.

قوله: "أو بعضه" ليدخل فيه إهلاك بعض الشئ - أي الهلاك الجزئي -

وقوله: "دون قصد التملك" يخرج به الغصب أيضاً[٥].

ومن تعريفات المعاصرين للتعدي:-

١ - أنه العمل الضار بدون حق ولا جواز شرعي[٦].

٢ - أنه مجاوزة ماينبغي أن يقتصر عليه شرعاً، أو عرفاً، أو عادة[٧].

فالفقهاء يقولون بوجوب الضمان إذا وجد التعدي[٨] وتحققت بقية موجبات

---

(١) محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، أبو عبدالله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره. ولد بها سنة ست عشرة وسبعمائة، وتوفي بها سنة ثلاث وثمانمائة. من كتبه: "المختصر الكبير في فقه المالكية" و"المبسوط في الفقه" و "الحدود" في التعاريف الفقهية.
انظر ترجمته: الزركلي، الأعلام، ج ٧، ص ٤٣. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١،ص ٢٢٧.

(٢) يفرق المالكية بين الغصب والتعدي، فيطلقون الغصب على من أخذ ذات العين بقصد الاستيلاء عليها وتملكها. ويطلقون التعدي على من قصد غصب المنافع بغية الانتفاع دون قصد أخذ الذات.
انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٤٣.

(٣) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج ٢، ص ٤٦٨.
هذا ولم أقف فيما اطلعت عليه من كتب على تعريف للتعدي عند كل من الشافعية والحنابلة ولعل سبب ذلك أنهم يطلقون التعدي في الاصطلاح على نفس إطلاقه في اللغة.

(٤) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج٢، ص ٤٦٨.

(٥) انظر: شرح حدود ابن عرفة، ج ٢، ص ٤٦٨ بتصرف يسير.

(٦) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٨.

(٧) محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٩٢.

(٨) انظر: الفروق، القرافي، ج ٤، ص ٣٢. الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٣٢٦، ٣٢٧.

الضمان التي سيأتي الحديث عنها؛ لذلك نجدهم يقولون بضمان المشتري للمبيع قبل قبضه إذا تلف وكان سبب تلفه تعدي المشتري عليه، مع أن المبيع قبل القبض من ضمان البائع عند جمهور الفقهاء[١]. ولكن نظراً لوجود التعدي من المشتري انتقل الضمان إليه بتقرر الثمن عليه.

وكذلك الوديعة فعلى الرغم من أنها أمانة في يد المودع إلا أنه يضمنها إذا تعدى عليها[٢].

المعيار الذي يُعرف به التعدي:-

المعيار الذي يُعرف به التعدي إما أن يكون بمخالفة ما اتفق عليه المتعاقدان في العقد[٣]. ذلك أن الشريعة الإسلامية قد أكدت على أهمية التقيد بما اتفق عليه المتعاقدان، جاء في المجلة: "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"[٤]. ودليل هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام: "الـمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ"[٥].

---

(١) قصدت بالجمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة. أما المالكية فقد قالوا بضمان المشتري للمبيع بمجرد العقد ولم يشترطوا القبض إلا في بعض المسائل.
انظر: الكاساني، البدائع، ج ٥، ص ٢٣٨. الشيرازي، المهذب، ج ١، ص ٢٩٥. ابن قدامة، المغني، ج٤، ص ٢٣٧. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٦٤.

(٢) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٨، ص ٤٨٩. الدردير، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٢٠. النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص ٢٩٧. ابن مفلح، المبدع، ج ٥، ص ٢٣٤.

(٣) انظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مسائل في الفقه، العدد الثامن عشر، ص ٢١٤، ٢١٦.

(٤) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٧٤، المادة ٨٣.

(٥) جزء من حديث رواه: أبوداود، سنن أبي داود، ج٣، ص ٣٠٣، كتاب الأقضية، باب الصلح، رقم الحديث ٣٥٩٤، "وقد رواه عن أبي هريرة". الترمذي، جامع الترمذي "المطبوع مع تحفة الأحوذي"، ج٤، ص ٤٨٧، أبواب الأحكام (١٣)، باب ماذُكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس (١٧)، رقم الحديث ١٣٦٤، "وقد رواه عن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده. وقال عن الحديث: "هذا حديث حسن صحيح".
وقال ابن حجر في تعليقه على حديث الترمذي: "وأنكروا عليه؛ لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف، وكأنه اعتبره بكثرة طرقه. وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه". ا.هـ.
بلوغ المرام، ص ١٨٣، ١٨٤.
كما قال الشوكاني بعد أن ساق طرق الحديث: "لايخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً" ا.هـ.
نيل الأوطار، ج ٥، ص ٣٧٩.

أما المعيار الثاني الذي يُعرف به التعدي فهو العرف والعادة[١]. فلو خالف أحد المتعاقدين العرف والعادة فإنه يكون ضامناً[٢]. "والمنظور إليه في مخالفة المعتاد مخالفة سلوك الرجل العادي أو الإنسان العادي، لا الإنسان الحاذق النبيه"[٣].

والفقهاء يؤكدون على أهمية العرف والعادة والاستدلال بهما، وذلك يتضح من خلال كثير من قواعد الشريعة والتي منها: "العادة محكمة"[٤] و"استعمال الناس حجة يجب العمل بها"[٥] و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٦] و"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[٧] و"كل ماورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف"[٨].

ويشهد لهذه القواعد قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾[٩]. أي "المعروف"[١٠].

ويشهد لها أيضاً قوله صلى اللّه عليه وسلم في الحديث الذي روته عائشة رضي اللّه عنها أنَّ هِنْداً بِنْتَ عُتْبَة[١١] قالَتْ: يارَسُولَ اللّه، إنَّ

---

(١) العرف: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول ... والعادة ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى".
انظر: الجرجاني، التعريفات، ص ١٤٩.

(٢) انظر: محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٩٣. مجلة البحوث الفقهية، مسائل في الفقه، العدد الثامن عشر، ص ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦.

(٣) محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٩٣. وانظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٨.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٩. ابن نجيم، الأشباه والنظائر ، ص ٩٣. على حيدر، درر الحكام، ج ١، ص ٤٠، المادة ٣٦.

(٥) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٤١، المادة ٣٧.

(٦) انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٩.

(٧) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٤٦، المادة ٤٥.

(٨) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٨. وانظر في اعتبار العرف والعادة عند المالكية والحنابلة: الشاطبي، الموافقات ج٢، ص٥٧١ وما بعدها. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٢٦ ص ١١٤.

(٩) سورة الأعراف، آية ١٩٩.

(١٠) القرطبي، الحامع لأحكام القرآن، ج ٧، ص ٣٤٦.

(١١) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية، والدة معاوية بن أبي سفيان رضي اللّه عنهم. أخبارها قبل الإسلام مشهورة. شهدت أحد مع الكفار وفعلت ما فعلت بحمزة رضي

أَبا سُفْيانَ[١] رَجُلٌ شَحيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطيني مايَكْفيني وَوَلَدي إلاَّ ما أَخَذْتُ مِنْهُ وَهْوُ لا يَعْلَمُ. فَقالَ: "خُذي ما يَكْفيك وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ"[٢].

قال ابن حجر[٣]: "والمراد بالمعروف القدر الذي عُرف بالعادة أنه الكفاية"[٤] ا.هـ.

فدل الحديث على اعتبار العرف والعادة بين الناس.

الموجب الثاني: – الضرر.

لا يتحقق الضمان إلا إذا وجد التعدي الذي ينتج ضرراً، فمتى ما وجد التعدي دون الضرر فلا ضمان كمن حفر بئراً في الطريق متعدياً ولم يسقط فيه أحد فلا ضمان.

أو وجد الضرر بدون تعدٍ كمن تعثَّر بحجر فانكسر دون تعدٍ من أحد. أو صدم سيارته بجبل فلا ضمان على أحد.

فلابد من تعدٍ ينتج ضرراً ليتحقق الضمان.

= الله عنه. أسلمت مع زوجها أبي سفيان يوم الفتح. قيل إنها ماتت في خلافة عمر، وقيل في خلافة عثمان عام أربعة عشر.

انظر ترجمتها: ابن حجر، الإصابة، ج ٨، ص ٣٤٦. الزركلي، الأعلام، ج ٨، ص٩٨ .

(١) صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف، أبوسفيان القرشي الأموي. كان أسن من النبي صلى الله عليه وسلم بعشر سنين. أسلم عام الفتح، وشهد حنيناً والطائف، وجّهه النبي صلى الله عليه وسلم إلى مناة فهدمها. مات سنة أربع وثلاثين، وعاش ثلاثاً وتسعين سنة رضي الله عنه.

انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج ٣، ص ٣٣٢.

(٢) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج١٠، ص ٦٣٦، كتاب النفقات (٦٩)، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه... (٩)،رقم الحديث ٦٣٦.

(٣) أحمد بن علي بن محمد بن علي بن أحمد، إمام الأئمة الشهاب أبوالفضل الكناني العسقلاني المصري ثم القاهري الشافعي، ويُعرف بابن حجر. ولد سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة، ونشأ يتيماً. تفقه بالبلقيني والعز بن جماعة. وقد جد في فنون مختلفة حتى بلغ الغاية، وحبب الله إليه الحديث، واجتمع له من الشيوخ مالم يجتمع لأحد من أهل عصره. صنف كثيراً من الكتب من أشهرها "فتح الباري بشرح البخاري" و"لسان الميزان" و"التلخيص الحبير" توفي سنة اثنتين وخمسين وثمانمائة.

انظر ترجمته: السخاوي، الضوء اللامع، ج٢، ص ٣٦. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ١٧٨.

(٤) فتح الباري، ج ١٠، ص ٦٣٧.

والضَرَر في اللغة: "خلاف النفع"[١].

وفي الاصطلاح: "إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"[٢].

أو: "هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أوعاطفته"[٣].

وعلى هذا فالضرر يشمل الضَرَر المادي بنوعيه سواء كان واقعاً على البدن: وهو كل مايصيب الإنسان في بدنه من جراح يترتب عليها تشويه فيه، أم عجز عن العمل، أم ضعف في كسبه ونحو ذلك. ومثل هذا الضرر يستوجب الأرش[٤] وهو إما مقدر من الشارع، أو متروك لحكومة[٥] عدل[٦].

وثاني أنواع الضرر المادي: الضرر المالي، وهو الضرر الواقع على الأموال وهو الذي يجب فيه الضمان، والتعويض بالمثل أو القيمة[٧].

---

(١) الجوهري، الصحاح، ج٢، ص ٧١٩، مادة (ضرر).

(٢) المناوي، فيض القدير، ج ٦، ص ٤٣١.

(٣) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٣.

(٤) أرش الجناية لغة: ديتها. واصطلاحاً: اسم للمال الواجب لمادون النفس.
انظر : ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ٦٨، مادة "أرش". الجرجاني، التعريفات، ص ١٧.

(٥) حكومة العدل تكون في "الجِراحَات التي ليس فيها دِيَةٌ مقدَّرة. وذلك أن يُجْرَح في مَوْضع من بدنه جرَاحَة تشينه فَيَقِيسَ الحاكم أرْشَها بأن يقول: لو كان هذا المجروح عبداً غير مَشِينٍ بهذه الجراحة كانت قيمته مائةً مثلاً، وقيمتُه بَعْدَ الشَّين تسعون، فقد نَقَص عُشْرُ قيمته، فيُوجبُ على الجارِحِ عُشر دية الحر؛ لأن المجروح حُرٌّ".
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١، ص ٤٢٠، ٤٢١.

(٦) انظر: الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ٣١٤، ٣٢٣. ابن عبدالبر، الكافي، ص ٥٩٩. العز بن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٥٦. ابن قدامة، العمدة، ص ٥١٥، ٥٢٤. على الخفيف، نظرية الضمان، ص ٤٦.

(٧) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٦٤، ١٦٧، ١٦٨. عبدالوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٢١٢. العز بن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٥١. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٢٤. على الخفيف، نظرية الضمان، ص ٤٦.

وهناك الضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان وتُلحق به سمعة سيئة سواء كان ذلك بالقول كالقذف والسب، أم بالفعل كالضرب بما لايحدث أثراً في الجسم وهذا النوع من الضرر إن كان قذفاً تجب فيه عقوبة جنائية وهي ثمانون جلدة. وفيما عداه التعزير[١][٢].

وإن كان بعض الفقهاء يوجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني[٣].

وقد يتمثل الضرر في تفويت مصلحة، كما لو امتنع الملتزم لشيء عن تنفيذه كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها. ويسمى هذا بالضرر المعنوي[٤]، ومثل هذا الضرر يوجب التعويض؛ لأنه تفويت منافع وجمهور الفقهاء يوجبون ضمان المنافع[٥].

---

(١) التعزير: "هو تأديب دون الحد".
الجرجاني، التعريفات، ص ٦٢، وانظر: البهوتي، الروض المربع، ج ٧، ص ٣٤٥.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ٤٠، ٦٣. ابن عبدالبر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٥٧٥، ٥٧٧. الشيرازي، التنبيه، ص ٢٤٣، ٢٤٨. ابن قدامة، المقنع، ج ٣، ص ٤٦٨، ٤٨٠. على الخفيف، نظرية الضمان، ص ٥٥. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٤.

(٣) روي عن محمد بن الحسن في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر: تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم. وعن أبي يوسف: يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت.
انظر: السرخسي، المبسوط، ج٢٦، ص ٨١.

(٤) انظر: على الخفيف، نظرية الضمان، ص ٥٥.

(٥) وسيأتي تفصيل أقوال الفقهاء في ضمان المنافع في الصفحات القادمة.

شروط محل الضرر:-

لايكون الضرر الموجب للضمان المالي إلا فيما تتوفر فيه الشروط التالية:-

١ - أن يكون محل الضرر مالاً ، فلا ضمان فيما ليس بمال كالميتة، وجلد الميتة، وحبتي الحنطة، والسرجين(٢) النجس(٣).

٢ - أن يكون المال "متقوماً فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على مسلم سواء أكان المُتْلِف مسلماً أم ذمياً لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم"(٤). وأما إتلاف الخمر على غير المسلم ففي المسألة الخلاف(٥).

---

(١) فصَّل شيخ الإسلام ابن تيمية في مسألة جواز التعزير بالعقوبات المالية، وساق الأدلة من السنة والأثر على جواز ذلك، وبيّن غلط من ادَّعى نسخ التعزير بالعقوبات المالية.
انظر: مجموع الفتاوى، ج ٢٨، ص ١٠٩ وما بعدها. محمد المكي، تهذيب الفروق "المطبوع مع الفروق للقرافي"، ج٤، ص ٢٠٧. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢٠٧ وما بعدها.

(٢) السرجين: الزبل كلمة أعجمية، وأصلها سركين بالكاف فعربّت إلى الجيم.
الفيومي، المصباح المنير، ص ١٠٤، مادة "سرج".

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٦٧. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار ، ج ١، ص ٣٧١. الدردير، الشرح الصغير، ج ٢، ص١٩٣، ١٩٤. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٢١٢. الرملي، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٩٦. الشيرازي، التنبيه، ص ١١٣ ومابعدها. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٩٠. البهوتي، شرح منتهى الإرادات ، ج ٢، ص ٣٢٤.

(٤) الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٦٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٥، ص ٢٣٥.
وهذا الشرط خاص بالحنفية حيث إنهم يفرقون بين المالية والتقوم، فالمال عندهم ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. فلا يعتبرون إباحة الانتفاع من عناصر المالية فأداهم ذلك إلى تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم. فالمتقوم: هو المال الذي يباح الانتفاع به، وغير المتقوم: المال الذي لا يباح الانتفاع به. أما جمهور الفقهاء فإنهم جعلوا من عناصر المالية إباحة الانتفاع. فالحنفية يقولون إن من شروط الضمان في محل الضرر أن يكون مالاً وأن يكون متقوماً. وهما شرطان ذكرهما الجمهور إلا أنهم أدرجوهما في شرط المالية.
انظر فيما سبق: ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧. ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٣٨٨. النووي، المجموع، ج ٩، ص ٢٢٥. البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٥٢.

(٥) اختلف الفقهاء في إتلاف الخمر على الذمي هل يضمن مُتلفه: على قولين: الأول: وهو للحنفية والمالكية ويقولون بوجوب الضمان على متلفه. الثاني: وهو للشافعية والحنابلة وقالوا: بعدم وجوب الضمان.
=

٣ - أن يكون المال محترماً، فلا ضمان بإتلاف ماليس بمحترم كآلة اللهو، والأصنام، والصلبان[1].

٤ - أن يكون المال "مملوكاً فلا ضمان بإتلاف المباحات التي لا يملكها أحد"[2].

٥ - أن يكون المال معصوماً، أي غير مهدر. فلا ضمان في إتلاف أموال المحاربين من أعداء المسلمين؛ لانعدام فائدة التضمين لانتفاء الولاية عليهم، وكذا لا ضمان على السلطان العادل بإتلاف مال الباغي، ولا على الباغي بإتلاف أموال الجماعة لانعدام الولاية[3].

٦ - "أن يكون المُتْلِف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو أتلفت مال إنسان بهيمة لاضمان على مالكها؛ لأن فعل العجماء جبار[4] فكان هدراً"[5] وهذا قول الحنفية[6].

أما الجمهور فقد قالوا: "إنما يسقط الضمان إذا كان ذلك نهاراً، وأما الليل

= انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٥، ص٢٣٤،٢٣٥. عبدالوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٢٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٨٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٩٧.

(١) انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ١٦٨. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٩٠.

(٢) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٨.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٦٨. ابن عبد البر، الكافي، ص ٢٢٢. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٧٧. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٩٠.

(٤) إشارة إلى الحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العَجْماءُ جُرْحُها جُبارٌ، وَالبِئْرُ جُبارٌ، وَالمَعْدِنُ جُبارٌ، وَفِي الرِّكازِ الخُمُسُ. صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح، ج ١٤، ص ٢٥٠، كتاب الديات (٨٧)، باب المعدن جبار والبئر جبار (٢٨)، حديث ٦٩١٢.
والعجماء هي البهيمة. وجبار: هو الهدر الذي لاشيء فيه.
انظر: ابن حجر، فتح الباري، ج ١٤، ص ٢٥١.

(٥) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٨.

(٦) انظر المصدر السابق. و: الحصكفي، الدر المختار "المطبوع مع رد المحتار"، ج ١٠، ص ٢٧٩ ولابد من الإشارة إلى أن هذا مقيد عند الحنفية بما إذا لم تكن يد أحد عليها. أما إن كان عليها يد فإن لهذه الحالة أحكاماً وتفصيلات أخرى.
انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٥٩ وما بعدها. ابن عابدين، رد المحتار، ج ١٠، ص٢٧٢ وما بعدها.

فإن عليه حفظها، فإن أتلفت بتقصير منه وجب عليه ضمان ما أتلف. ودليل هذا التخصيص"[١] حديث البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم"[٢].

٧ - أن يكون المال المُتْلَف للغير، فلا ضمان إذا أتلف الإنسان مال نفسه؛ لأنه لا يجب عليه ضمان ماهو له[٣].

الموجب الثالث: إمكانية نسبة الفعل الموجب للضمان لمن يراد تضمينه:-

والمقصود من هذا الموجب أن يكون الضرر ناتجاً عن التعدي[٤].

حيث يشترط الفقهاء أن توجد علاقة سببية بين التعدي والضرر الذي يلحق الغير حتى تتحقق المسؤولية ونلزم المتعدي بالضمان.

ذلك أنه قد يوجد التعدي والضرر ولكن تنعدم الرابطة السببية بينهما فلا يكون هذا الضرر نتيجة لهذا التعدي.

فلو أن إنساناً رمى آخر من "شاهق، فتلقاه رجل بسيف، فقدَّه نصفين، أو ضرب رقبته قبل وصوله الأرض، فالقصاص على القاد، ولا شيء على الملقي"[٥].

فهنا تعدٍ وهو الرمي من شاهق، وضرر وهو موت المصاب، ولكن لم تتحقق الرابطة السببية بينهما؛ إذ أن الموت حصل من الضرب بالسيف لا من الإلقاء من شاهق، فوجد التعدي ولكن انقطعت الرابطة السببية بالضرر فلا قصاص على الرامي.

---

(١) ابن حجر، فتح الباري، ج ١٤، ص ٢٥٥. وانظر ابن عبد البر، التمهيد، ج ١١، ص ٨٢، ٨٣. المزني، مختصر المزني "المطبوع مع الأم"، ج ٨، ص ٣٧٥. ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٥٧٧.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٩٠.

(٤) محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٩٦. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٦. عبد الله محمد عبد الله، حوادث السير "بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي، العدد الثامن، ج ٢، ص ٢٢٢.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ج ٧، ص ١٥. وانظر ابن رجب، القواعد، ص ٣٠٧.

وكذا لو حفر بئراً في محلٍ عدواناً فجاء آخر فردى في البئر شخصاً أو بهيمةً. فلا ضمان على الحافر[١].

فهنا تعدٍ وهو حفر البئر في محل عدوان كطريق المسلمين. وضرر وهو تردي الشخص أو البهيمة، ولكن لم تتحقق الرابطة السببية بينهما؛ إذ أن التردي حصل بفعل المردي لا الحافر.

وإمكانية نسبة الفعل الموجب للضمان لمن يراد تضمينه إما أن يكون هذا الفعل مباشرةً، وإما أن يكون تسبباً[٢].

وفيما يلي نبين تعريف كل من المباشرة والتسبب وحكم كل منهما.

أولاً: تعريف المباشر:-

المباشرة هي : "ايصال الآلة بمحل التلف"[٣].

وقيل المباشرة: أن يحصل التلف بفعل المتلف من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار[٤].

ومن أمثلة المباشرة: القتل والإحراق، وأكل الطعام[٥].

وأما حكم المباشر: فالمباشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد[٦].

(١) انظر السرخسي، المبسوط، ج ٢٧، ص ١٦. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٧.

(٢) انظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٦. محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٩٧.

(٣) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٥.

(٤) الحموي، شرح الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٦٦ بتصرف يسير. وانظر نحوه في: القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٧. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٩٤.

(٥) انظر: ابن رجب، القواعد، ص ٢١٨. وانظر: الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٤. القرافي، الفروق، ج٤، ص ٢٧. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٩٤.

(٦) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٨٢، المادة ٩٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٤٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٨. ابن رجب، القواعد، ص ٣٠٧.

ثانياً: التسبب:

الإتلاف تسبباً هو: "الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"(١).

وقيل المتسبب هو: "الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار"(٢).

ومن أمثلة التسبب: لو أحرق شخصٌ أعشاباً جافة في أرضه في يوم ريح عاصفة فتعدى إلى مال غيره فأتلفه، أو حفر شخصٌ بئراً في موضعٍ لم يُؤذن فيه من قبل ولي الأمر فسقط في البئر حيوان وتلف(٣).

حكم ضمان المتسبب:-

لا يضمن المتسبب إلا بالتعدي(٤)، أي أن يكون فعله المسبب للضرر محظوراً في نفسه. وسواء كان المتسبب متعمداً لإحداث الضرر أم لا(٥).

---

(١) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٥. وانظر نحوه في: القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٧. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٩٤.

(٢) الحموي، شرح الأشباه والنظائر، ج١، ص ٤٦٦.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٦. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٨٣، المادة ٩٣. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٧. الدردير، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٤٤. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٩٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٧٨. ابن مفلح، المبدع، ج ٥، ص ١٩٢. ابن رجب، القواعد، ص ٢١٨.

(٤) انظر الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٦. السرخسي، المبسوط، ج ٢٧، ص ١٢ وما بعدها. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٥٢. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٨. ابن عبدالبر، الكافي، ص ٦٠٧. الدردير، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٤٤. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٩٤ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٧٨. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٣٨٨. ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ٤١١، ٤١٢. ابن رجب، القواعد، ص٢١٨. البهوتي، الروض المربع "المطبوع مع الحاشية" ج ٥، ص ٤١٣ وما بعدها.

(٥) ورد في المجلة أنه "يشترط لضمان المتسبب شيئان:- ١ - أن يكون متعمداً. ٢ - أن يكون متعدياً". على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٨٣، المادة ٩٣.
وهذا خلاف ماذكره جمهور الفقهاء، فإن تعمد الإضرار ليس بشرط لتضمين المسبب، =

فمن شق زق[1] إنسان فيه دهن مائع فسال وهلك، فإنه يكون ضامناً لتسببه في إتلافه[2]؛ لأن الدهن "المائع سيال بطبعه بحيث لايوجد منه الاستمساك عند قيام المانع"[3] فشقه للزق يعتبر تعدياً على مال الغير نتج عنه ضرر وهو سيلان الدهن المائع وتلفه فوجب الضمان وإن لم يكن متعمداً لفعله. فإن أذن له صاحب الزق بشقه فلا ضمان عليه؛ لأن فعله ليس تعدياً لاستناده إلى إذن صاحب المال.

حكم الضمان إذا اجتمع المباشر والمتسبب:-

الأصل في اجتماع المباشر والمتسبب أن يضاف الحكم إلى المباشر[4]، "كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر والأول متسبب فالضمان على الثاني دون الأول تقديماً للمباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض"[5]. ذلك أن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال مالم

= ولذلك من حفر بئراً في غير ملكه، وسقط فيها رجل، فإن الحافر ضامن - إذا لم يستند حفره إلى إذن الإمام أو وليه - ولو لم يحفرها بنية أن يتردَّى فيها رجل. فالصحيح من عبارة هذه القاعدة ماذكرنا من أن المتسبب لايضمن إلا بالتعدي، ولو لم يكن متعمداً بالضرر أو التعدي.
انظر: محمد تقي العثماني، قواعد ومسائل في حوادث السير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي العدد الثامن، ج ٢، ص ١٨٩ "بتصرف يسير".

(١) الزقُّ: السقاء. الرازي، مختار الصحاح، ص ٢٧٣.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٦. القرافي، الفروق،ج٤، ص ٢٨. "والشافعية يعتبرون هذا إتلافاً بالمباشرة لا بالتسبب". الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٥٢. النجدي، حاشية الروض المربع، ج٥، ص ٤١٣، ٤١٤.

(٣) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٦.

(٤) انظر: البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٧٨. الحموي، شرح الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٦٦. السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص ١٦. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٠٨. الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٤٤. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٦، ص ١٣٢. الغزالي، الوجيز "المطبوع مع المجموع"، ج١١، ص ٢٣٩. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص٩٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٨. ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٤١١ وما بعدها. ابن رجب، القواعد، ص ٣٠٧. البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص ١١٩.

(٥) القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٠٨. وقد ذكر المالكية أن من حفر بئراً تعدياً ثم إن شخصاً آخر أوقع شيئاً فيها فهلك فإن المردي يقدَّم في الضمان على الحافر؛ لأنه مباشر وهو مقدم =

يوجد الدفع الذي هو المباشرة، على الرغم من أنه لولا الحفر لم يتلف بالدفع، لكن الدفع هو الوصف الأخير فيضاف الحكم إليه[1].

ويستثنى من هذا الأصل – وهو تضمين المباشر إذا اجتمع مع المتسبب – ما لو كانت المباشرة مغمورة والسبب غالباً، فإن الضمان في هذه الحالة يكون على المتسبب دون المباشر[2]. كمن "وضع لآخرسماً في طعامه فأكله جاهلاً به فإنه مباشر لقتل نفسه، وواضع السم متسبب، والقصاص على المتسبب وحده"[3].

ومثل ما لو شهد أشخاص على أخر بما يوجب الحد، فقتله القاضي أو جلاده، أو بما يوجب القصاص فقتله الولي أو وكيله، فالقصاص على الشهود دون القاضي والولي، ونائبهما مع أنهما مباشران للقتل والشهود متسببون "غير أن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه؛ لأن الضمان لو تطرّق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتدّ امتناعهم فيفسد حال

= على المتسبب إلا أن يكون حفر البئر لشخص معين فردّاه فيهاشخص آخر فإنهما سيان في الضمان: أي الحافر والمردي. فالمالكية يعتبرون القصد فيضمّنون المتسبب مع المباشر إذا قصد الفعل.

انظر: الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٦، ص ١٣٢.

(١) انظر: الحموي، غمز عيون البصائر، ج ١، ص ٤٦٦.

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، ج ٢٦، ص ١٥٣. الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ٢٣٩. القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٨. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٢٠. النووي، روضة الطالبين، ج ٧، ص ١٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٨. ابن رجب، القواعد، ص٣٠٩. البهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٥١٠.

(٣) القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٨. بتصرف يسير. وانظر: ابن رجب، القواعد، ص ٣٠٧.

وقد ذكر السرخسي من الحنفية: أنه لا قصاص على من سقى غيره سماً وإنما تثبت الدية على عاقلته؛ لأن الشارب مختار للشرب بنفسه. وقيل: إن هذا الحكم إذا كان السم قد يقتل وقد لا يقتل فيكون ذلك بمنزلة الخطأ. فأما إذا كان سماً ذعافاً يعلم أنه يقتله لا محالة فإنه يجب عليه القصاص عند أبي يوسف ومحمد.

انظر: المبسوط، ج ٢٦، ص ١٥٣.

الناس بعدم الحكام فكان الشاهد بالضمان أولى؛ لأنه متسبب للحاكم في الإلزام، والتنفيذ، وكما قيل الحاكم أسير الشاهد"[١] ا.هـ.

فإن كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، أي كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان[٢].

قال ابن رجب[٣]: "إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة، وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ... ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان"[٤] ا.هـ.

---

(١) القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٨. وانظر: النووي، روضة الطالبين، ج ٧، ص ١٥. البهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٥١٠. أما الحنفية فإنهم يقولون إنه لا قصاص على القتل تسبيباً، وإنما تجب فيه الدية؛ لأن القتل تسبيباً لايساوي القتل مباشرة، ومن شروط القصاص أن يكون مساوياً للجناية. انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ٢٣٩.

(٢) انظر: القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٨. النووي، روضة الطالبين، ج ٧، ص ١٦. ابن رجب، القواعد، ص ٣٠٧، ٣١٠.

(٣) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي. زين الدين، أبوالفرج. الإمام العالم، الحافظ، الثقة، الحجة. حدث عن محمد بن الخبار، وإبراهيم العطار. له مصنفات مفيدة منها: "شرح جامع أبي عيسى الترمذي" وشرع في شرح البخاري فوصل إلى الجنائز وسماه "فتح الباري في شرح البخاري" و"اللطائف في الوعظ وأهوال القيامة". توفي رحمه اللّه سنة خمس وتسعين وسبعمائة.
انظر ترجمته: ابن العماد، شذرات الذهب، ج ٨، ص ٥٧٨.

(٤) انظر: القواعد، ص ٣٠٧.
وقد ضرب الفقهاء مثالاً على تضمين كل من المباشر والمتسبب إذا كانت المباشرة ناشئة عن التسبب بقتل المكرَه على القتل.
فقد قال المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في المذهب: "أنه إذا أكره مكلفٌ مكلفاً على قتل معين فقتله فالقصاص عليهما؛ لأن المكرِه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالباً أشبه ما لو أنهشه حية، والمكرَه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه أشبه ما لو قتله في المجاعة لأكله".
محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ٢٩٧.
وانظر: القرافي، الفروق، ج٢، ص ٢٠٨. النووي، روضة الطالبين، ج ٧، ص ١٦. ابن رجب، القواعد، ص ٣١٠.

المبحث الرابع: أسباب الضمان

السَّبب في اللغة: أصلٌ يدلُّ على طولٍ وامتدادٍ[١]، وهو: الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء. ثم استعير لكلِ شئ يُتوصل به إلى أمر من الأمور، فقيل هذا سبب وهذا مُسبَّب عن هذا[٢].

وفي الاصطلاح: - هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي[٣].

وبتعبير آخر: - هو ما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه[٤] كالنصاب في الزكاة[٤].

أسباب الضمان:-

ذكر الفقهاء أسباب الضمان، ولكنهم لم يتفقوا على تحديدها، فمنهم من جعل للضمان سببين هما: الإتلاف، ووضع اليد[٦]. ومنهم من أضاف إلى هذين السببين العقد[٧]. ومنهم من أضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة الحيلولة[٨].

---

(١) ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ٤٧٦، مادة "سبّ".

(٢) الفيومي، المصباح المنير، ص ١٠٠، مادة "سبب".

(٣) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج ١، ص ٩٨. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ج٤، ص٢٨٤، ٢٨٥.

(٤) الجرجاني، التعريفات، ص ١١٧.

(٥) الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ١٩٠.

(٦) انظر: السرخسي، المبسوط، ج ١١، ص ٥٤. ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٣٧. القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٦، ٢٠٧. الرافعي، فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٤١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص ٩. قليوبي، حاشية قليوبي على شرح المحلى، ج ٣، ص ٢٨.
ومن قال إن أسباب الضمان ثلاثة : يد عادية ومباشرة وسبب فإن معنى كلامه أن للضمان سببين يد وإتلاف؛ لأن الإتلاف إما أن يكون مباشرة وإما أن يكون تسبباً.

(٧) انظر: الكاساني، البدائع، ج٦، ص ١٤٢. ابن رجب، القواعد، ص ٢١٨.

(٨) انظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٣٢٢. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٢.

وعلى هذا فإن للضمان أربعة أسباب: عقد ويد وإتلاف وحيلولة. وفيما يلي نتكلم عن كلٍ من هذه الأسباب بإيجاز.

أولاً: العقد:-

العقد في اللغة: جاء في كتاب المقاييس في اللغة: "العين والقاف والدال أصلٌ واحدٌ يدلُّ على شدٍ وشدة وُثوق، وإليه ترجعُ فروع الباب كلها ... وعاقدته مثل عاهدته، وهو العقد، والجمع عُقود، قال اللّه تعالى: ﴿أَوفُواْ بِالعُقُودِ﴾[(١)]"[(٢)].

والعقد في الاصطلاح يطلق على معنيين، معنى خاص، ومعنى عام.

أولاً :- العقد بمعناه العام:-

"كل التزام ينشأ عن حكم شرعي سواءٌ أكان هذا الالتزام صادراً من شخصين كما في البيع ونحوه، أو من شخص واحد كالطلاق ونحوه"[(٣)].

ثانياً: العقد بمعناه الخاص:-

"هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله"[(٤)].

وبمقارنة بين التعريفين نجد أن التعريف الأول يعتبر أي التزام ينشأ عن حكم شرعي فإنه يكون عقداً سواء أكان ناشئاً عن إرادتين أو إرادة واحدة، فهو تعريف للعقد بمعناه العام.

أما التعريف الثاني فإنه لايطلق اسم العقد إلا على الالتزام الناشئ عن إرادتين، وهو المراد هنا؛ لأننا أمام العقد الذي هو سبب للضمان لا كل عقد.

---

(١) المائدة، من آية ١.

(٢) انظر: ابن فارس، ص ٦٧٩، مادة "عقد".

(٣) محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ١٥٤. وانظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٦، ص ٣٢. الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٣٩٧. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٧٨، ٢٧٩. ابن رجب، القواعد، ص ٧٤، ٧٦.

(٤) البابرتي، العناية على الهداية، ج ٦، ص ٢٤٨. على حيدر، درر الحكام، ج ١، ص٩١، ٩٢،=

أركان العقد:-

اختلف الفقهاء في تحديد أركان العقد، فبينما يرى الحنفية أن أركان العقد هي الصيغة فقط[(١)]. يرى جمهور الفقهاء من المالكية[(٢)] والشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)] أن أركان العقد هي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه.

"والحنفية لايعتبرون العاقدين والمعقود عليه من أركان العقد ذلك أنها من لوازم الصيغة إذ أن وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين ضرورة، ووجودهما مرتبطين لايكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط"[(٥)].

وهذا خلاف لفظي لا ينبني عليه أثر؛ لأن المعنى واحد إذا قلنا إن الأركان أربعة، أو أنها ركن واحد يستلزم وجود الأربعة.

كيف يكون العقد سبباً من أسباب الضمان؟

"يعتبر العقد سبباً من أسباب الضمان، ذلك أن العقد بطبيعته يقتضي أحكاماً خاصة كما أنه قد يكون مقترناً بشرط لأحد المتعاقدين، أولهما مصرحاً به في صيغة العقد، أو دل عليه العرف، فالإخلال بشيء مما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط المقترن به سبب من أسباب الضمان"[(٦)].

قال السيوطي[(٧)]: "ما يضمن ضمان عقد مطلقاً، وهو ما عين في صلب عقد

= المادة ١٠٣، ١٠٤. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٥. الجرجاني، التعريفات، ص ١٥٣. وانظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٣٩٧.

(١) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، ص ٢٤٨. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢. أبوالحسن، كفاية الطالب الرباني "المطبوع مع حاشية العدوي"، ج ٢، ص ١٢٦، ١٢٧.

(٣) النووي، المجموع، ج ٩، ص ١٤٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٤٦. شرح منتهى الارادات، ج ٢، ص ٥.

(٥) أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد، ص ١٤٤.

(٦) محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ٣٠٨. وانظر: وهبة الزحيلي، ص ٦٣.

(٧) عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري الأسيوطي. ولد سنة تسع =

بيع، أو سلم، أو إجارة، أو صلح"[1] ا.هـ.

وتقسم العقود من حيث الضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام[2]:-

أولاً - عقود ضمان :- وهي العقود التي يترتب عليها الضمان بالقبض ويكون القابض ضامناً للتالف سواء وجد منه تعدٍ أو تقصير، أم لا.

ومن أمثلة عقود الضمان: البيع، إذ أن القابض للمبيع يكون عليه الضمان بمجرد قبضه له[3].

ثانياً: عقود أمانة : وهي العقود التي يترتب عليها الضمان بالقبض ولا يكون القابض للمال ضامناً للتلف إلا في حال الاعتداء عليه، أو التقصير في حفظه.

ومن أمثلة عقود الأمانة: الوديعة، فإنها أمانة في يد المودع فلا يضمنها إلا في حالة التعدي عليها، أو التقصير في حفظها[4].

= وأربعين وثمانمائة. ونشأ يتيماً فحفظ القرآن والعمدة. أخذ الفقه عن علم الدين البلقيني، وشرف الدين المناوي. بلغت مؤلفاته ثلاثمائة كتاب منها: "الإتقان في علوم القرآن". و "الدر المنثور في التفسير بالمأثور" و "اللآلي المصنوعة في الأحاديث الموضوعة". توفي سنة إحدى عشرة وتسعمائة.

انظر ترجمته: السيوطي، حسن المحاضرة، ج١، ص٣٣٥. الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص٣٠١.

(١) الأشباه والنظائر، ص ٣٦١.

(٢) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٧٩، الفقرة ٣٠٣. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٤٥. محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٢٥. محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ٣٠٩.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج ٥، ص ٢٣٨ وما بعدها. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٢٠. النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ١٥٥، ١٦٠ وما بعدها. ابن رجب، القواعد، ص ٥٦.
وأما بقية عقود الضمان فهي:-
"القسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وإقالة هذه العقود".
انظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٨٠، الفقرة ٣٠٣. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٤٥. محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٢٥.

(٤) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٣٣٨. ابن عبد البر، الكافي، ص ٤٠٣. الأنصاري، تحفة الطلاب، ج٢، ص ٩٨. ابن قدامة، المقنع، ج ٢، ص ٢٧٥. =

ثالثاً :- عقود مزدوجة الأثر:- وهي التي تكون ذات تأثير مزدوج فهي عقود ضمان من جهة، وعقود أمانة من جهة أخرى. فلا ينشأ عنها الضمان إلا في بعض الحالات والأوجه.

ومن أمثلة العقود المزدوجة الأثر: الإجارة؛ ذلك أن الشيء المأجور يعتبر أمانة في يد المستأجر فلا يضمنه إلا بالتعدي أو التفريط[1]، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة بمجرد تمكن المستأجر من استيفائها، حتى لو ترك المستأجر المأجور دون أن ينتفع به إلى أن انقضت مدة الإجارة فإن المنافع تكون مضمونة عليه، بمعنى أنه تلزمه الأجرة التي هي قيمة تلك المنافع[2].

ضابط للتفريق بين عقود الضمان وعقود الأمانة:-

"المبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التمييز بين عقود الضمانات وعقود الأمانات بحسب مايوحي به استقراء الأحكام واستنطاق عللها الفقهية في شتى المناسبات هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً. وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة، ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية، أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة"[3].

وباختصار فإن "كان القصد من العقد هو المعاوضة، كان العقد عقد ضمان،

= وأما بقية عقود الأمانة: فهي الشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية، والهبة.
انظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص ٥٨٠، الفقرة ٣٠٣. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٥٥. محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٢٥.

(١) وسيأتي تفصيل ذلك في الأبواب القادمة.

(٢) انظر: المرغيناني، الهداية، ج ٩، ص ٧١. ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٧٠. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٢. ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣١٢.
أما بقية العقود المزدوجة الأثر فهي:- الرهن، والصلح عن مال بمنفعة.
وانظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص ٥٨٠، الفقرة ٣٠٣. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٦٣. محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٢٥.

(٣) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص ٥٨١، ٥٨٢، فقرة ٢/٣٠٣.

وإذا لم يكن القصد من العقد هو المعاوضة، فالعقد عقد أمانة"[١].

السبب الثاني: اليد:-

اتفق الفقهاء على اعتبار اليد سبباً من أسباب الضمان[٢]، إلا أن بعضهم عبّر عن وضع اليد بلفظ الغصب[٣].

والتعبير بلفظ اليد أولى؛ لأنه يدخل جميع الأيدي غير المؤتمنة، سواء أكان وضع اليد بدون إذن المالك كأيدي السراق والغصاب، أم كان وضع اليد بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض فإنه يكون من ضمانه، وبعد القبض من ضمان المشتري، وكيد العواري والرهون، وكقبض الأعيان التي تقترض فإن المقترض يضمنها. كما تدخل تحت لفظ اليد جميع الأيدي المؤتمنة إذا تغيرت صفتها من الأمانة إلى الضمان وذلك بحصول التعدي أو التفريط منها. وسواء أكانت هذه الأيدي قبضت المال بإذن المالك كيد الوديع على الوديعة، أم بغير إذن المالك ولكن استندت إلى إذن الشارع كيد الملتقط على اللقطة، أم استند الإذن إلى إذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه[٤].

وعلى هذا فإن الأيدي تقسم من حيث الضمان وعدمه إلى قسمين:-

أولاً:- يد ضمان "وهي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه، أو لمصلحة نفسه كيد المشتري على المبيع بعد القبض، ويد الغاصب"[٥].

---

(١) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٤٥.

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١١، ص ٥٤. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ٢٣٧. الرافعي، فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٤١. ابن رجب، القواعد، ص ٢١٨.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج ١١، ص ٥٤. الكاساني، البدائع، ج ٦، ص ١٤٢.

(٤) انظر: القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٧، ٢٠٨. الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٣٢٣. ابن رجب، القواعد، ص ٥٦، ٢٢٠، ٢٢١. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٥.

(٥) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٧٥. وانظر المراجع السابقة.

وحكم يد الضمان: أن واضع اليد على الشيء يضمنه مطلقاً سواء أحصل من صاحب اليد تعدٍ وتقصير أم لا. وسواء تلف بسبب من واضع اليد أم بسبب خارج عنه كالآفة السماوية[(١)].

ثانياً: يد الأمانة: وهي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك، كالوديع والمستأجر والوكيل والشريك وناظر الوقف والوصي على أموال اليتامى[(٢)].

حكم يد الأمانة: - لاضمان على صاحبها إذا تلف المال تحت يده[(٣)].

متى تتغير اليد من الأمانة إلى الضمان.

إذا تعدى الأمين أو قصر في الحفظ، فإن يده تتحول من يد أمانة إلى يد ضمان؛ لأنه صار متعدياً أتلف مال غيره بدون وجه حق[(٤)].

ثالثاً: الإتلاف:-

اتفق الفقهاء على اعتبار الإتلاف سبباً من أسباب الضمان.

والإتلاف: "هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة"[(٥)].

والإتلاف يوجب الضمان "سواء وقع الإتلاف له صورة ومعنى بإخراج المتلف

---

(١) انظر: القرافي، الفروق، ج٢، ص ٢٠٧، ٢٠٨. الزركشي، المنثور في القواعد، ج٢، ص ٣٢٣. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٢. ابن رجب، القواعد، ص ٥٦، ٢٢٠، ٢٢١. محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ٣٢٢. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٥.

(٢) انظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٧٤. "بتصرف يسير". وانظر: الكاساني، البدائع، ج٦، ص ١٤٢، وانظر المراجع السابقة.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١١، ج ٦، ص ٢١١، ٢١٧. القرافي، الذخيرة، ج٥، ص ٥٠٧، ج٨، ص ١٥. الزركشي، المنثور في القواعد، ج٢، ص ٣٢٣. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٠، ج٧، ص ٢٨٠. محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ٣٢٠.

(٤) انظر المراجع السابقة.

(٥) الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٦٤.

عن كونه صالحاً للانتفاع، أو معنى بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة"[١]. فالأول: كإحراق السيارة وهدم الدار، والثاني: كخياطة القماش ثوباً، ونجارة الخشب باباً وأصرح من ذلك عتق العبد.

والإتلاف إما أن يكون مباشرة، وإما أن يكون تسبباً[٢].

رابعاً : الحيلولة:-

قال الزركشي[٣]: "الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان: قولية، وفعلية. فالفعلية توجب الضمان قطعاً وفي القولية قولان: أصحهما نعم"[٤].

ثم ذكر مثالاً على الحيلولة القولية: بما لو قال شخص هذه الدار لزيد بل لعمرو، فإنا نحكم بكونها لزيد ويغرم لعمرو قيمتها، في الأصح عند الشافعية[٥]، وهو ماذهب إليه الحنفية[٦] والمالكية[٧] والصحيح من المذهب عند الحنابلة[٨].

وأما الحيلولة الفعلية فإنها توجب الضمان؛ لأنها كالغصب.

---

(١) الكاساني، البدائع، ج ٧، ص ١٦٥.

(٢) انظر: المرجع السابق. و: القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٢٠٦. الغزالي، الوجيز، ج ١١، ص ٢٣٩. ابن رجب، القواعد، ص ٢١٨. وقد سبق الحديث عن المباشرة والتسبب وحكم كل منهما.

(٣) محمد بن بهادر بن عبدالله. الزركشي أبوعبد اللّه. بدر الدين. الفقيه، الأصولي الأديب، الفاضل. مولده سنة خمس وأربعين وسبعمائة. صنف "البحر في الأصول" و"خادم الشرح والروضة" و "النكت على البخاري" توفي سنة أربع وتسعين وسبعمائة.
انظر ترجمته: ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج ٣، ص ١٦٧. الآتابكي، النجوم الزاهرة، ج ١٢، ص ١٣٤. ابن العماد، شذرات الذهب، ج ٨، ص ٥٧٢.

(٤) المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٨٩.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) السرخسي، المبسوط، ج ٩، ص ١٩١. حيث قال فيمن أقر بأنه سرق من فلان مائة ثم قال: بل وهمت إنما سرقت من فلان أن عليه مائة لكل واحد منهما.

(٧) الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٦، ص ٩٨. حيث ذكر فيمن قال غصبت الشئ من فلان لا بل من آخر فهو للأول ويغرم للثاني بقيمته.

(٨) المرداوي، الإنصاف، ج ١٢، ص ١٩٧.

"هذا وقد يشتبه بعض صور الغصب بالحيلولة، ولكن الفرق بينهما أن الغصب يتحقق بالاستيلاء والحيلولة تتحقق به، أو بعمل يحول بين المال وصاحبه على سبيل الخطأ"(١).

(١) محمد الأحمد، نظرية الخطأ، ص ٣٣٥.

المبحث الخامس: الواجب في الضمان: "التعويض".

تحدثنا في المباحث السابقة عن تعريف الضمان وأركانه وأسبابه. والضمان إذا تحققت أركانه وأسبابه فقد وجب فيه التضمين، وهو التعويض عن الضرر اللاحق بالغير والتعويض(١) يطلق على صورة من صور الضمان باعتباره بدلاً مالياً لاجزاءً لفعل(٢). والمقصود منه: "تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ"(٣).

فالتعويض "يجبر الضرر الحاصل على الأموال ويرمم آثاره ويرد مالية المعتدى عليه كما كانت قبل الاعتداء"(٤).

المطلب الأول: كيفية التعويض:-

يختلف التعويض بحسب السبب المنشئ للضمان، فالتعويض بالعقود يختلف عن التعويض بوضع اليد أو الإتلاف.

وسأكتفي في هذا المطلب بذكر أساس التعويض في العقود، والأيدي الضامنة، دون الدخول في التفصيلات المتعلقة بكيفية التعويض فيها.

فنقول إن الأصل في ضمان العقد أن يكون على ما تراضى عليه المتعاقدان وعلى هذا فإن نقص شيء من قيمة المعقود عليه - كالمبيع مثلاً - إذا نقص في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري فإن البائع لا يضمن شيئاً لنقصانه

---

(١) لم يذكر الفقهاء المتقدمون لفظ التعويض وإنما كان الشائع عندهم استخدام لفظ الضمان. والتعويض لفظ ذكره الفقهاء المعاصرون إلا أن محمد فوزي ذكر في كتابه "نظرية الضمان" إن ابن عابدين الفقيه الحنفي ذكر لفظ التعويض في مجموعة رسائله.
انظر: محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٥٨.

(٢) انظر: محمد محمد شتا، تعريف المسؤولية المدنية، ص ١٩٩.

(٣) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٨٧.

(٤) انظر: محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٥٩.

حتى لايسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن فحش النقصان، كما لو اشترى جارية بمائة مثلاً، فاعورّت في يد البائع فصارت تساوي خمسين، فإن المشتري مخيرٌ بين إمضاء البيع وفسخه، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط؛ لأنه ضمان عقد والأوصاف لا تضمن به، فالعقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف[١].

أما التعويض بوضع اليد والإتلاف فالأصل فيه يكون برد المال إن كان قائماً على حاله[٢] فإن نقص يجبر النقص بالقيمة؛ لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال[٣]. فإن تعذر الرد كما لو تلف المال بالكلية ففي هذه الحالة يجب رد مثله إن كان المال مثلياً. فإن لم يكن من ذوات الأمثال أو عُدم المثل وجبت فيه القيمة[٤].

---

(١) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج ٩، ص ٣٢٨ "بتصرف يسير". السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١٨٦. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٢.
وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في تفصيلات هذه المسألة حيث إنهم يفرقون بين التلف الكلي الحاصل في المبيع والتلف الجزئي، والتلف الحاصل قبل القبض وبعده، والتلف الحاصل بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بفعل الأجنبي.
وللاستزادة انظر: البدائع، الكاساني، ج ٥، ص ٢٣٨. وما بعدها. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٢٣٣ وما بعدها، المادة ٢٩٣. النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ١٦٤ وما بعدها. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٢٩٤، ٢٩٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٦٨. ابن قدامة، المغني، ج٤، ص ٢٣٦ وما بعدها. المرداوي، الإنصاف، ج ٤، ص ٤٦٤. ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص ١١٨.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٥١. المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ٣٢٢. ابن عبد البر، الكافي، ص ٤٢٨. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٦. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص ١٥٢. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٣٧٠. ابن قدامة، المغني، ج٥، ص ٣٧٥. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٦٤.

(٣) انظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٥١.
هذا وللفقهاء في كيفية جبر النقص الطارئ على المال تفصيل لا نستطيع أن نأتي عليه في هذا المبحث خشية الإطالة.
وللاستزادة انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٣٢٧. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٢٧٥. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢١٥، ١٢١٦. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ٢٣٨. الشيرازي، المهذب، ج ١، ص ٣٧١، ٣٧٢. ابن قدامة، المغني، ج٥، ص ٣٨٥ وما بعدها.

(٤) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٩، ص ٢٧٠، ٢٧١. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٤٥٦،٤٥٧. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٦، ٢١٧. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ٢٣٨. النووي، المنهاج، ج ٢، ص ٢٨٢، ٢٨٣. العز بن عبد السلام، =

وهذا إنما يعتبر فيما لو كان سبب الضمان وضع اليد، إذ لا يتصور أن يكون المال باقياً على حاله لم يطرأ عليه نقص إذا ورد عليه الإتلاف. وإنما قلنا بإيجاب المثل لأن هذا ضمان جبر والجبر إنما يتحقق بإيجاب المثل لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[١].

وقد حكاه ابن عبد البر[٢] إجماعاً في كل مأكول ومشروب أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته؛ لأن المثل أقرب إليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة له من طريق الظن والاجتهاد، والأول مقدم كالنص مع القياس[٣].

تعريف المثلي والقيمي عند الفقهاء:-

أولاً: تعريف المثلي:

المثلي عند الحنفية: "مايوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به. كالمكيل والموزون والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض"[٤].

= قواعد الأحكام، ج١، ص١٥١، ١٥٢. ابن قدامة، المغني، ج٥، ص ٤٢٠، ٤٢١. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص١٨١، ١٨٢.

(١) سورة البقرة، من آية ١٩٤.

(٢) أبوعمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، وأحفظ من كان فيه لسنة مأثورة. ولد سنة ثمان وستين وثلاثمائة. من أهل قرطبة طلب بها العلم وتفقه عند أبي عمر بن المكوي. وسمع سعيد بن نصر. سمع منه عالم كثير من جلة أهل العلم كأبي العباس الدلائي وأبي محمد بن أبي قحافة. قال عنه القاضي أبو وليد الباجي: لم يكن بالأندلس مثل أبي عمر بن عبد البر في الحديث. ألف في الموطأ كتباً مفيدة منها كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. ثم صنع كتاب الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من المعاني والرأي والآثار. كما ألف كتاب "الاستيعاب" وكتاب الكافي في الفقه. تولى قضاء الأشبونة. وتوفي بشاطبة سنة ثلاث وستين وأربعمائة.
انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٤٤٠. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج ١، ص ١١٩.

(٣) انظر فيما سبق: البابرتي، العناية على الهداية، ج ٩، ص ٣١٨ وما بعدها. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٤٥٦، ٤٥٧. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٦. النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ١٠٧. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٨٠ وما بعدها.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٢٧٠. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٥٦. =

أما المالكية فالمثلي عندهم: "كل مكيل أوموزون أو معدود من الطعام كله والإدام وكذلك الذهب والفضة مضروباً كان أو مسبوكاً، وكذلك كل مكيل أو موزون من غير الطعام"[١].

وقال الشافعية[٢] والحنابلة[٣]: "إن المثلي ماحصر بكيل أو وزن وجاز السلم[٤] فيه".

وهكذا نجد أن الفقهاء يعتبرون كل ما لا تتفاوت آحاده مثلياً سواء كان مكيلاً أم موزوناً أم معدوداً أم نحو ذلك.

فإن لم يكن المال التالف مثلياً فتجب فيه القيمة. وعلى هذا فالقيمي كما جاء في شرح المجلة: "مالايوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به"[٥]. كالعبيد والخيل والحمير والعقار[٦].

وقلنا بوجوب القيمة فيما لامثل له؛ لحديث: "مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ

= علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ١٠٥، المادة ١٤٥.

(١) ابن عبد البر، الكافي، ص ٤٢٨.

(٢) النووي، المنهاج، ج٢، ص ٢٨٢. وهو أصح التعاريف التي ذكرها الشافعية في تعريف المثلي إذ صححه في المنهاج والروضة وأصلها.
وانظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦١.

(٣) ابن مفلح، المبدع، ج ٥، ص ١٨٢.

(٤) لايصح السلم إلا في مال يضبط بالصفة، كالأثمان والحبوب والمائعات ومالا يضبط بالصفة كالجواهر واللؤلؤ والزبرجد لايصح السلم فيه.
انظر: الشيرازي، التنبيه، ص ٩٧. ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ١٠٨، ١٠٩.

(٥) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ١٠٥، المادة ١٤٦. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٢٧٠. هذا ولم أقف على تعريف القيمي عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة وقد يكون ذلك لأنهم عرفوا المثلي. والقيمي ضده، وبضدها تتميز الأشياء.

(٦) انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص١٠٥، المادة ١٤٦. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٧. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٥٣. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٨٢.

فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمنَ ٱلْعَبْد قُوِّمَ عَلَيْه قِيمَةَ الْعَدْلِ فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْه الْعَبْدُ، وإلاَّ فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَاعَتَقَ"[١].

"فأمر عليه الصلاة والسلام بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل؛ لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى"[٢].

وتجب القيمة في الحالات التالية:-

١ - إذا كان الشيء التالف ليس بمثلي: كالحيوانات والدور والمصوغات[٣].

٢ - لو انقطع المثلي أو تعذر وجوده في أسواق البلد وحواليه وإن كان يوجد في البيوت[٤].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٥، ص ٤٥٢، كتاب العتق (٤٩)، باب إذا أعتق عبد بين اثنين (٤)، رقم الحديث ٢٥٢٢. مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي، ج ١٠، ص ١٣٥، كتاب العتق. واللفظ له.

(٢) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٨٢.

(٣) انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٢٦٧. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٧. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص ١٥٣. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٨٢.

(٤) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٥١. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ٢٢٣. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ١١٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٨٣. ابن قدامة، المغني، ج٥، ص ٤٢١. البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ص ٣١٨.
هذا وقد اختلف فقهاء المالكية فيما لو انقطع المثلي هل تجب فيه القيمة؟
فقال ابن القاسم: ليس عليه إلا مثله، وفسره اللخمي بأنه يريد أن يصبر حتى يوجد. وقال أشهب: يخير الطالب في الصبر أو القيمة.
انظر: المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٢٧٨ "بتصرف يسير". وانظر ابن عبد البر، الكافي، ص٤٢٨، ٤٢٩.
هذا وقد أضاف بعض الفقهاء للحالات التي تجب فيها القيمة دون المثل مالو أراق مسلمٌ خمراً لذمي فقد نص فقهاء الحنفية والمالكية على وجوب القيمة دون المثل.
وقال الحنفية إن على المُتْلِف قيمة التالف إذا كان خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه كالبر والشعير.
وقال الشافعية في أحد الاوجه: إنه لو وجد المُتْلِف الشيء التالف بأكثر من ثمن المثل أنه تجب عليه القيمة. =

المطلب الثاني: وقت تقدير القيمة:-

أولاً : وقت تقدير قيمة المغصوب إن كان قيمياً بالأصالة:-

إن حصل التلف تحت يد ضامنة كيد الغاصب، ووجبت القيمة عليه لكون المغصوب قيمياً بالأصالة أو مثلياً انقطع عن الأسواق. فإن الفقهاء قد اختلفوا في اليوم الذي تقدَّر فيه قيمة المغصوب، حيث قالوا إن كان المغصوب قيمياً بالأصالة، فإن على الغاصب قيمة المغصوب يوم غصبه. وهذا ماذهب إليه الحنفية(١) والمالكية(٢) ورواية عن الإمام أحمد(٣)(٤).

أما الشافعية(٥) وأشهب(٦) وعبد الملك(٧) من المالكية(٨) فقد قالوا: إن على

= انظر فيما سبق: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٤٦٧. الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص٢٦٧. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٢، ص ٤٦٦ وما بعدها، المادة ٨٩١. مالك بن أنس، المدونة، ج٤، ص ١٩٠. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ١١٥.

(١) الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٥١. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ٢٢٣.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢١٧. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٢٨١.

(٣) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال. أبوعبد الله الشيباني البغدادي، ولد سنة أربع وستين ومائة. امتحن محنة عظيمة فثبت على الحق. قال عنه الشافعي: "خرجت من العراق فما تركت رجلاً أفضل ولا أعلم ولا أورع ولا أتقى من أحمد بن حنبل" من أشهر مصنفاته "المسند في الحديث" و"الناسخ والمنسوخ" و "فضائل الصحابة". توفي سنة إحدى وأربعين ومائتين.
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٠، ص ٣٤٠. ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١، ص ٦٢. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٢٠٣.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٩٤.

(٥) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص ١٥٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٨١.

(٦) أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم. أبو عمر القيسي العامري الجعدي. اسمه مسكين وأشهب لقب له. ولد سنة أربعين ومائة. روى عن مالك والليث، وروى عنه الحارث بن مسكين وسحنون. قال عنه الشافعي: "ما رأيت مثل أشهب". توفي بمصرسنة أربع ومائتين.
انظر ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١، ص ٣١٤. ابن فرحون، الديباج المذهب، ص١٦٢. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١،ص ٥٩.

(٧) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبدالله بن أبي سلمة الماجشون. أبومروان. كان مفتي أهل المدينة في زمانه. وكان ضرير البصر، ويقال إنه عمى آخر عمره. تفقه بمالك، وتفقه بأبيه وتفقه به خلق كثير كابن حبيب وسحنون. قال عنه إسماعيل القاضي: "ما أجزل كلامه وأعجب تفصيلاته وأقل فضوله". توفي سنة اثنتي عشرة ومائتين، وهو ابن بضع وستين سنة.
انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٢٥١. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص٥٦.

(٨) القرافي، الفروق، ج٤، ص ٢٩. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٢٨١.

الغاصب أعلى قيمة من حين الغصب إلى حين التلف. وبهذا قال الحنابلة فيما لو كان تغير القيمة لمعنىً في المغصوب ككبر وصغرٍ، وسمن وهزالٍ وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص.

فإن لم يكن هناك تفاوت في سعر المغصوب من حين الغصب إلى التلف، أو كان التفاوت لتغير الأسعار، وليس لتغير ذات المغصوب فإن المذهب عند الحنابلة إن على الغاصب قيمة المغصوب يوم تلفه(١).

ولعل هذا هو أعدل الأقوال لأننا لا نضمن الغاصب قيمة المغصوب قبل تلفه، ذلك أن المغصوب لو كان موجوداً قبل حصول التلف، فإن كل الذي يلزم الغاصب رده بعينه، ودفع مثل أجرة الأيام التي ظل المغصوب فيها في يد الغاصب.

ثانياً: وقت تقدير قيمة المغصوب إن كان مثلياً وفقد من الأسواق.

أما إن كان المغصوب مثلياً وفقد من الأسواق، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة من حيث الجملة على وجوب قيمة المغصوب، إلا أنهم اختلفوا في يوم تقدير قيمته.

فقال أبوحنيفة(٢) النعمان(٣) ورواية عن الإمام أحمد(٤)، إن على الغاصب قيمة المغصوب يوم المحاكمة.

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٤٢٠. الكافي، ج٢، ص٤٠٤. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص١٩٤.

(٢) أبوحنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي مولاهم الكوفي. فقيه العراق، وأحد الأئمة أصحاب المذاهب الأربعة. أدرك عصر الصحابة ورأى أنس بن مالك وقيل غيره. ولد سنة ثمانين وتفقه بحماد حتى برع، في الفقه والرأي. قال عنه الإمام الشافعي: "الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، مات في سجن بغداد سنة خمسين ومائة".
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٠، ص ١١٠. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج١٣، ص ٣٢٣. الأتابكي، النجوم الزاهرة، ج٢، ص ١٢.

(٣) الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٥١. البابرتي، العناية، ج٩، ص ٣١٩.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٩٢.

وقال أبويوسف[١] من الحنفية[٢]، والمالكية[٣] ورواية عن الإمام أحمد[٤]، إن على الغاصب القيمة يوم الغصب.

وقال محمد بن الحسن[٥] من الحنفية[٦] والمذهب عند الحنابلة[٧] إن على الغاصب قيمة المغصوب يوم الانقطاع.

---

(١) اسمه يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد. من أكابر أصحاب أبي حنيفة. ولد عام ثلاثة عشر ومائة. قال عنه أبوحنيفة "إنه أعلم أصحابي" ولي القضاء، ولقب بقاضي القضاة. وكان يقال له قاضي قضاة الدنيا. من أشهر كتبه: "الخراج" و"الآثار" و"أدب القاضي" توفي سنة ثنتين وثمانين ومائة، عن سبع وستين سنة.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٠، ص ١٨٦. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج١٤، ص٢٤٢. الأتابكي، النجوم الزاهرة، ج٢، ص١٠٧. الزركلي، الأعلام، ج٨، ص١٩٣.

(٢) الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٥١. البابرتي، العناية، ج٩، ص ٣١٩. وقال عنه ابن عابدين "وهو أعدل الأقوال" رد المحتار، ج٩، ص ٢٦٧.

(٣) القرافي، الفروق، ج٤، ص ٢٨. حيث أطلق القول بوجوب قيمة المغصوب يوم الغصب ولم يفرِّق بين كون المغصوب قيمياً بالأصالة أو مثلياً فُقد من الأسواق فوجبت فيه القيمة. وانظر: ابن عبد البر، الكافي، ص ٤٢٩.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٩٢.

(٥) محمد بن الحسن بن فرقد. أبوعبدالله الشيباني، مولاهم. صاحب أبي حنيفة. ولد سنة اثنتين وثلاثين ومائة. من أشهر كتبه: "الجامع الكبير" و "الجامع الصغير" و "الحجة على أهل المدينة". مات هو والكسائي في يوم واحد سنة تسع وثمانين ومائة. فقال الرشيد: "دفنت اليوم اللغة والفقه جميعاً".

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٠، ص ٢١٠. الأتابكي، النجوم الزاهرة، ج٢، ص١٣٠.

(٦) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ٢٢٣. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٢٦٧. وقال عنه "وعليه الفتوى".

(٧) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص ٤٢٠. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٩١.

وقال الشافعية في الأصح[١] ورواية عن الإمام أحمد[٢]، إن على الغاصب أعلى قيمة من يوم الغصب إلى يوم الانقطاع.

أما إذا كان المثل مفقوداً عند التلف فالأصح عند الشافعية وجوب الأكثر من زمن الغصب إلى زمن التلف[٣].

والأرجح من هذه الأقوال أن يكون على الغاصب قيمة المغصوب يوم الانقطاع؛ لأنه اليوم الذي وجبت فيه القيمة، ذلك أنه قبل ذلك كان المطلوب من الغاصب المثل لا القيمة، والله أعلم.

يوم تقدير القيمة إن كان سبب الضمان الإتلاف:-

إذا كان سبب الضمان هو الإتلاف فقد اتفق فقهاء الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والشافعية[٣] وهو مقتضى مذهب الحنابلة[٦]، إن على المُتْلِف قيمة التالف يوم التلف.

---

(١) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ١١٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٨٣. وفي مقابل الأصح قولان وهما من وقت الغصب إلى التلف، والثالث إلى المطالبة.
انظر: جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج٣، ص ٣١، ٣٢. إلا أن النووي ذكر في المسألة أحد عشر وجهاً، كما جاء في الروضة. انظر: ج٤، ص ١١٠، ١١١.

(٢) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٩١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ١١٠، ١١١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٨٣. وقد ذكر أن في مقابل الأصح أحد عشر وجهاً وذكر منها: القيمة يوم المطالبة، وقيل القيمة يوم التلف، وقيل القيمة يوم فقد المثل.

(٤) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٤٦.

(٥) ابن عبد البر، الكافي، ص ٤٢٩. حيث قالوا "إن أتلف السلعة متلف في يد الغاصب فعليه قيمتها يوم أتلفها".

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٨٤. جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج٣، ص ٣٢. واستثنوا من ذلك ما لو جنى على المأخوذ بلا غصب وتلف بسراية فالواجب الأقصى من الجناية إلى التلف.

(٧) الحنابلة يقولون إن على الغاصب قيمة المغصوب يوم التلف، فمن باب أولى أن تجب قيمة التالف يوم التلف.

المبحث السادس: تقادم الحق في الضمان "التعويض"

يمكن تعريف التقادم بأنه: مُضيّ زمن طويل مع سكوت مدعي الحق بلا عذر.[(١)]

وقد تحدث فقهاء الحنفية والمالكية عن التقادم وأثره في إسقاط الدعوى، أما الشافعية والحنابلة فلم يرد في كتبهم كلام عن التقادم وأثره في إسقاط الدعوى حسب علمي[(٢)]. إلا ماذكره شيخ الإسلام ابن تيمية[(٣)] وتلميذه ابن قيم الجوزية[(٤)] في هذا الشأن.

---

(١) ستر الجعيد، أحكام الأوراق النقدية، ص ٤٧٧. وانظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص ٣٤٣. محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٦٣.

(٢) وانظر: ستر الجعيد، أحكام الأوراق النقدية، ص ٤٨٨.

(٣) الإمام العالم العلامة شيخ الإسلام تقي الدين. ابوالعباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي. ولد بحران سنة إحدى وستين وستمائة. كان ذكياً كثير المحفوظ فصار إماماً في التفسير وما يتعلق به عارفاً بالفقه. فيقال إنه كان أعرف بفقه المذاهب من أهلها. وكان عالماً باختلاف العلماء، عالماً في الأصول والفروع والنحو واللغة وغير ذلك من العلوم النقلية والعقلية. أما الحديث فكان حامل رايته. توفي في سجن القلعة بدمشق سنة ثمان وعشرين وسبعمائة. من أشهر مؤلفاته: "السياسة الشرعية" و درء تعارض العقل والنقل" و "الفرقان بين أولياء الله وأولياء الشيطان".

انظر ترجمته: ابن كثير ، البداية والنهاية، ج١٤، ص ١٤١. الاتابكي، النجوم الزاهرة، ج٩، ص٢٧١. الزركلي، الأعلام، ج١، ص١٤٤.

(٤) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، ثم الدمشقي الفقيه الأصولي، المفسر النحوي، شمس الدين أبوعبدالله بن قيم الجوزية. ولد سنة إحدى وتسعين وستمائة. تفقه في مذهب الحنابلة وبرع وأفتى ولازم شيخ الإسلام تقي الدين وأخذ عنه. قال عنه ابن كثير: "لا أعرف في هذا العالم في زماننا أكثر عبادة منه". من تصانيفه: "تهذيب سنن أبي داود" و "زاد المعاد في هدي خير العباد" و "إعلام الموقعين عن رب العالمين" توفي سنة إحدى وخمسين وسبعمائة، وكمل له من العمر ستون سنة رحمه الله.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٤، ص ٢٤٦. ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، ج٢، ص ٣٦٨.

وقد اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] وشيخ الإسلام ابن تيمية[٣] وتلميذه ابن القيم[٤] على أن التقادم يمنع من سماع الدعوى إذا كان بغير عذر. وعلى الرغم من اتفاقهم على ذلك إلا أنهم اختلفوا في المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى.

فالحنفية يقولون إن الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة لا تُسمع فيكون القاضي معزولاً عن سماعها؛ وسبب النهي قطع الحيل والتزوير.

واستثنى الحنفية من الدعاوى: دعوى الوقف، ومال اليتيم إذا لم يترك الدعوى بعد بلوغه هذه المدة أو لم يكن له ولي، والإرث[٥]، ووجود عذر شرعي كما لو كان المدعى عليه حاكماً ظالماً أو ثابت الإعسار أو كان المدَّعي غائباً فتسمع دعواه ولو بعد مضي خمسين سنة، وكذا في باقي الأعذار أنه لا مدة لها؛ لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير. بخلاف الوقف فإنه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثاً وثلاثين سنة فإنها لا تُسمع؛ لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً[٦].

وقال المتأخرون من الحنفية: "لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدِّعي غائباً أو صبياً أو مجنوناً وليس لهما ولي، أو المدَّعى عليه أميراً جائراً"[٧].

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص ١١٤ ومابعدها. على حيدر، درر الحكام، ج٤، ص ٢٦١، المادة ١٦٦٠، ١٦٦١، ١٦٦٢.

(٢) عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٣، ص ١٥٨٢، ١٥٨٣. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج١١، ص٢٦٥. الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٣) مجموع الفتاوى ، ج٣٥، ص٤٢٧، ٤٢٨.

(٤) الطرق الحكمية، ص ٦٧، ٦٨.

(٥) اختلف فقهاء الحنفية في سماع دعوى الإرث بعد خمسة عشر عاماً: فقيل تسمع دعوى الإرث ولا يمنعها طول المدة، وقيل: إن المستثنى ثلاثة: مال اليتيم، والوقف، والغائب. ومقتضاه أن الإرث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة.
انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص ١١٥.

(٦) انظر فيما سبق: ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص ١١٤ وما بعدها.

(٧) المصدر السابق، ص ١١٧.

أما المالكية فقد تحدثوا عن التقادم وأثره في إسقاط الدعوى في ثنايا كلامهم عن الحيازة[١] والدَّين.

وقالوا إن الحائز للعقار بعد مضي عشر سنوات من حيازته له لا تُسمع دعوى خصمه ملكية عقاره إذا تحققت في الحيازة الشروط التالية:-

١ - ان يكون الحائز أجنبياً سواء كان شريكاً أم غير شريك[٢].

٢ - أن يحصل من الأجنبي الحائز تصرف خلال العشر سنوات[٣] اللازمة لحيازة الأجنبي للعقار[٤].

٣ - أن يكون المدِّعي لملكية الأرض حاضراً مع الحائز في البلد حقيقة أو حكماً.

٤ - أن يكون ساكتاً ولا مانع له من التكلم مدة عشر سنين. فإن كان هناك مانع كمن كان جاهلاً بأن الشيء المحاز ملكه ولم يجد الوثيقة إلا حين الدعوى أو كان خائفاً من سطوة الحائز أو سطوة من يستند إليه الحائز، أو كان المانع من التكلم الصغر والسفه، أو غيبة المدعي مسافة جمعة فله القيام بدعواه متى قدم.

٥ - أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحاز[٥].

وأما إن كان المدَّعي شريكاً قريباً أو قريباً من غير شراكة ولم يكن هناك إرث[٦]

---

(١) الحيازة عند المالكية : هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه، ويكون التصرف بواحد من أمور: سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة أو وطء في رقيق.
انظر: الدردير، الشرح الكبير ، ج٤، ص ٢٣٣ "بتصرف يسير".

(٢) انظر: الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٤، ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٣) ذكر المالكية في المدة التي تشترط لحيازة غير العقار أنه في الدابة وأمة الخدمة لا تسمع الدعوى بعد سنتين والعبد والعَرَضَ غير الثوب ثلاث سنوات وثوب اللبس سنة.
انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٣٦.

(٤) انظر: الدردير، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه، ج٤، ص ٢٣٥. والتصرف في العقار بالبيع والهبة لا يشترط في حيازته العشر سنوات.

(٥) انظر: الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٤، ص ٢٣٥، ٢٣٦.

(٦) هذا هو المفتى به عند المالكية خلافاً لمن قال إن الإرث كالوقف لا يعتبر فيه الحيازة وتسمع=

وكان الحائز يتصرف في الشيء المحاز بالهدم والبناء أو ما يقوم مقامهما. ففي المسألة خلاف.

فقيل يكون كالأجنبي، وقيل لا تسمع الدعوى إلا بعد أربعين سنة وهو الراجح.

ومحل هذا الخلاف إذا لم يكن بينهم عداوة وإلا كانوا كالأجانب[(١)].

أما بالنسبة لأثر تقادم الزمن في إسقاط دعوى الدين فقد اختلف فقهاء المالكية في ذلك فذهب جمهور المالكية إلى أن الدين يسقط إذا سكت عنه الدائن مدة طويلة إلا أنهم اختلفوا في تقدير المدة فقال بعضهم، إن السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام عشرون سنة، وقال آخرون: ثلاثون سنة[(٢)].

وقال غيرهم: "إن الأظهر في ذلك الاجتهاد بالنظر في حال الزمان وحال الناس، وحال الدين، فنحو عشر سنين تقتضي الإغضاء والترك ونحو الخمس عشرة قد لا تقتضي ذلك"[(٣)].

أما ابن رشد[(٤)] فقد اختار عدم سقوط الدين بتقادم الزمن إذا كانت الوثيقة بيد

= فيه البينات ولو طال الزمن جداً.

انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٣٥.

(١) انظر: الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج٤، ص ٢٣٦. ويستوي في حيازة القريب مالو كان الشيء المحاز عقاراً أو غيره من العروض كالدواب والثياب.

(٢) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص ٢٢٩. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٣٧.

(٣) الدردير ، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٣٧.

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي، يكنى أبا الوليد. قرطبي زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف ودقة الفقه. كان بصيراً بالأصول والفروع والفرائض. وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية، كثير التصانيف. ولد سنة خمس وأربعمائة وولي قضاء الجماعة بقرطبة. ألف كتاب "البيان والتحصيل" وتهذيب لكتب الطحاوي في مشكل الآثار. تفقه بأبي جعفر بن رزق وسمع الجياني، وأبا عبد الله بن فرج. وممن أخذ عنه القاضي الجليل أبوالفضل: عياض رحمه الله. توفي سنة عشرين وخمسمائة.

انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص٣٧٣. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص١٢٩.

ربها"[1].

الترجيح:

وهكذا نجد أن الفقهاء يقولون بمبدأ التقادم وأنه قد يؤثر على الدعوى ويسقطها إلا أنهم يحدُّون ذلك بضوابط معينة حتى لا يكون التقادم وسيلةً لضياع الحقوق.

ومن ذلك أنهم يشترطون في الدعوى أن يكون صاحبها ساكتاً عليها زمناً طويلاً ولا عذر له في هذا السكوت، وأن يكون المدعى عليه يتصرف في الشيء المتنازع عليه تصرف الملاك كما في الحيازة. أو تكون الدعوى في شيء جبلت النفوس على حبه والشح فيه كدعاوى الديون الثابتة. كما وأننا نجد أنهم يفرقون بين الدعوى التي تُقام على الأجنبي وتلك التي تُقام على القريب؛ ذلك أن الأقرباء قد يحصل بينهم السكوت على الحقوق لما بينهم من القرابة.

كما نلاحظ أن الفقهاء يقولون بمبدأ سقوط الدعوى بالتقادم إذا أنكرها المدعى عليه، فإن أقر المدَّعى عليه بحق المدِّعي فإن التقادم يسقط ويكون إقرار المدعى عليه ملزماً للقاضي لسماع الدعوى؛ لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان[2].

وعلى هذا فإن مبدأ التقادم مبدأ صحيح اقتضت المصلحة العامة اعتباره. وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في تحديد المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى إلا أن الراجح والله أعلم أن يُترك ذلك لاجتهاد القضاة والحكام ونظرهم في أحوال الناس وطبيعة القضايا. ذلك أن كل ماورد عن الفقهاء في تحديدهم للمدة التي تسقط بعدها الدعوى اجتهادات، وبناء عليه فإن في الأمر سعة فيقضي القاضي في ذلك بما يراه مناسباً.

وعلى هذا فإن التقادم في طلب التعويض يعتبر مسقطاً للدعوى، فلو أن شخصاً كان له مال وأتلفه عليه غيره فسكت سنوات طويلة ولم يطالبه بتعويض عما أتلفه

---

(١) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٣٧.

(٢) انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص ١١٥. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٤، ص ٢٧٩، المادة ١٦٧٤. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٣٥.

ولا مانع يمنعه من المطالبة. فإن دعواه لا تسمع؛ لأن هذه دعوى اقتضى العرف كذبها إذ أن الإنسان لا يسكت على مثل هذا عادة.

وللقاضي في هذه الحالة أن يقدّر المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى بحسب الشيء المتنازع عليه وحسب حالة المدِّعي والمدَّعى عليه.

" أما أصل الحق في التعويض فإنه باقٍ في ذمة الضار ويجب عليه وفاؤه ديانة؛ حتى لو أقر به انهدم التقادم وسمعت الدعوى"[١]. لأن التعويض حق ثابت في ذمة الضار مع إنكاره فلا يسقط بالتقادم ديانة. والله تعالى أعلم.

---

(١) محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٦٥.

الفصل الثاني: - التعريف بالإجارة

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: تعريف الإجارة.

المبحث الثاني: مشروعية الإجارة، والحكمة منها.

المبحث الثالث: أركان الإجارة وشروطها عموماً.

المبحث الأول: تعريف الإجارة

الإجارة لغة:-

جاء في كتاب المقاييس في اللغة في مادة أجر:- "الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول: الكراء على العمل، والثاني جَبْر العظم الكَسِير.

فأما الكِراء فالأَجْرَ والأُجْـرة، ... والأجـر: جـزاء العمـل، والفعـل أجَـرَ يَـأْجُرُ أَجْراً، والمفعول مأجور. والأجير: المستأجَر، والإجارة: ما أعطيتَ مِنْ أجرٍ في عمل"[1] ا.هـ.

وجاء في الصحاح: "الأَجْرُ: الثوابُ. تقول: أَجَرَهُ اللّه يَأْجِرُهُ ويَأْجُرُهُ أَجْراً. وكذلك آجَرَهُ اللّه إيجاراً .... والأُجْرَةُ الكِرَاءُ. تقول: استأجَرْتُ الرجلَ فهوَ يأجُرُني ثمانيَ حِجَجٍ، أي يصير أَجيْري"[2] ا.هـ.

الإجارة في الشرع:-

الناظر إلى كلام الفقهاء في تعريفهم للإجارة يجد أنهم عرّفوها بألفاظ مختلفة، إلا أنها متقاربة من حيث المعنى. وفيما يلي نورد تعريفات المذاهب الأربعة للإجارة.

أولاً :- عند الحنفية: "بيع منفعة معلومة بأجر معلوم"[3].

وقيل هي "تمليك منفعة بعوض"[4].

ثانياً :- المالكية: "تمليك منافع شئ مباحة مدة معلومة بعوض"[5].

---

(١) انظر: ابن فارس، ص ٦٠.

(٢) انظر: الجوهري، ج٢، ص ٥٧٦، مادة "أجر".

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٠٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٢٩٧.

(٤) المرجعان السابقان.

(٥) الدردير، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢.

ثالثاً : - الشافعية: "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"(١).

رابعاً : الحنابلة: الإجارة "عقد على المنافع"(٢).

وقيل : عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم(٣).

وهكذا نجد أن من الفقهاء من قال: إن الإجارة هي تمليك منفعة، ومنهم من قال: إنها عقد على منفعة، وقال غيرهم بيع منفعة.

ولعل أولى هذه الألفاظ القول بأن الإجارة عقد على منفعة؛ ذلك أن من قال إن الإجارة بيع منفعة فكأنه صيّر الإجارة قسماً من أقسام البيع مع أنها خارجة عن البيع بالمعنى الأخص(٤).

أما كلمة تمليك فإن كلمة عقد تدل عليها؛ ذلك أن العقد هو سبب التمليك ومصدره(٥).

كما نلحظ أن بعض الفقهاء ذكر بعض القيود التي لم يذكرها غيره كمن أضاف قيد العلم والإباحة وقصد المنفعة في منافع الشيء المستأجَر. بالإضافة إلى قيد العلم بالثمن والمدة.

---

(١) الأنصاري، تحفة الطلاب "المطبوع مع حاشية الشرقاوي"، ج٢، ص ٨٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٣٢.

(٢) ابن قدامة، العمدة، ص ٢٦٥.

(٣) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٤٦.

(٤) انظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج ٢، ص ٥١٦. شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص ٢٩.

(٥) انظر: شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٣٠.

وعلى هذا فإن التعريف الجامع المانع في الإجارة أن يقال إن الإجارة هي: عقد على منفعة، مقصودة، مباحة، معلومة، مدة معلومة، بعوض معلوم[١].

شرح التعريف:-

عقد : "ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يظهرأثره في محله"[٢].

وهو جنس في التعريف يُدخل جميع العقود.

على منفعة:- احتراز عن العقد الوارد على الذات، كالبيع والهبةوالصدقة.

معلومة: احتراز عن المنفعة المجهولة إذ أنه لايجوز العقد عليها؛ لما فيها من الغرر، كما لو قال استأجر منك أحد هذين العبدين ولم يحدد أي عبد استأجر.

مقصودة: احتراز عن المنفعة التي لا تُقصد غالباً، مثل الاستئجار على كلمة لا تتعب، أو استئجار تفاحة لشمها، أو شجرة ليستظل بها.

مباحة:- لإخراج المنافع المحرمة كالاستئجار على الرقص، وضرب العود[٣].

مدة معلومة: - ليخرج النكاح والجعل[٤]؛ ذلك أن النكاح عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلا أن مدته غير معلومة.

وإن كان في بعض صور الإجارة قد تجهل المدة إلا أنها تكون معلومة بالتقريب، والغالب في الإجارة أنها معلومة المدة.

---

(١) انظر: شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٣٣.

(٢) البابرتي، العناية على الهداية، ج٦، ص ٢٤٨. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص ٥.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٧٩ وما بعدها. البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٥٨. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٤، ٢٤٥. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص ٢. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٥٢ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٣٥ وما بعدها. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٥٩. شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٣٠.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢.

بعوض معلوم: احتراز عن العوض المجهول؛ لأن العوض في الإجارة ثمن للمنفعة، وشرط الثمن أن يكون معلوماً.

وهذا القيد أخرج المساقاة[١] والقراض[٢][٣].

---

(١) المساقاة: دفع شجر له ثمر مأكول ولو غير مغروس، إلى آخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزء معلوم له من الثمر.

البهوتي، الروض المربع، "المطبوع مع الحاشية" ج ٥، ص ٢٧٥. وانظر: الجرجاني، التعريفات، ص ٢١٢.

(٢) القراض: "من قارضه من المال قِراضاً من باب قاتل وهو المضاربة" فالمقارضة: "المضاربة وقارضه قراضاً دفع إليه مالاً ليتجر فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة على المال".

الفيومي، المصباح المنير، ص ١٩٠، مادة "قرض". الرازي، مختار الصحاح، ص ٥٣٠، مادة "قرض". وانظر: البهوتي، الروض المربع، ج ٥، ص ٢٥٣، ٢٥٤.

(٣) انظر: شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٣١.

المبحث الثاني: مشروعية الإجارة وحكمتها

"الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار، والصدر الأول، وحكي عن الأصم[١] وابن علية[٢] منعها"[٣].

وقد استدل الفقهاء على جواز الإجارة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: من الكتاب.

١ - قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٤].

"فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته وكثرة اللبن وقلته ولكن لمّا لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله وما هو في مثل معناه وأحرى أن يكون أبين منه"[٥].

---

(١) حاتم بن عنوان، أبوعبد الرحمن المعروف بالأصم. زاهد، اشتهر بالورع والتقشف. له كلام مدون في الزهد والحكم. من أهل بلخ. زار بغداد واجتمع بأحمد بن حنبل. وشهد بعض المعارك والفتوح. وكان يقال عنه: حاتم الأصم لقمان هذه الأمة. مات سنة سبع وثلاثين ومائتين.

انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٨، ص ٢٤١. الزركلي، الأعلام، ج٢، ص١٥٢.

(٢) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي مولاهم أبوبشر البصري المعروف بابن علية. ولد سنة عشر ومائة. قال عنه شعبة "ابن علية ريحانة الفقهاء" وقال عنه أحمد بن حنبل: "فاتني مالك فأخلف الله عليَّ سفيان، وفاتني حماد بن زيد فأخلف الله عليَّ إسماعيل بن علية". وكان يقال: "الحفاظ أربعة إسماعيل بن علية وعبد الوارث ويزيد بن زريع ووهيب". فهو إمام حجة حافظ فقيه كبير القدر. ولي المظالم ببغداد زمن الرشيد وحدّث بها إلى أن توفي سنة ثلاث وتسعين ومائة.

انظر ترجمته: الذهبي، ميزان الإعتدال، ج١، ص ٢١٦. ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١، ص٢٤١.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٦٥، ١٦٦. وانظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٠١. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦.

(٤) سورة الطلاق، آية ٦.

(٥) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٢٦.

٢ - قال تعالى ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾[١].

فدل قول موسى عليه الصلاة والسلام للخضر على جواز الإجارة، وأن الإجارة سنة الأنبياء والأولياء[٢].

٣ - قال تعالى: ﴿فَجَآءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَآء قَالَتْ إِنَّ أَبِي يَدْعُوكَ لِيَجْزِيَكَ أَجْرَ مَا سَقَيْتَ لَنَا. فَلَمَّا جَآءَهُ وَقَصَّ عَلَيْهِ الْقَصَصَ قَالَ لاَتَخَفْ نَجَوْتَ مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ، قَالَتْ إِحدَاهُمَا يَـأَبَتِ اسْتَئْجِرهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَئْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ﴾[٣].

فقد دلت هذه الآيات على " أن الإجارة بينهم، وعندهم مشروعة معلومة. وكذلك كانت في كل ملة، فهي من ضرورة الخليقة ومصلحة الخلطة بين الناس"[٤].

وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا مالم يرد ناسخ عند أكثر العلماء[٥].

٤ - قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَاذَا القَرْنَينِ إِنَّ يَـأْجُوجَ وَمَـأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَداً﴾[٦].

وجه الاستدلال من الآية: قوله "فهل نجعل لك خرجاً" قال ابن عباس رضي الله عنهما: أي أجراً عظيماً، يعني أنهم أرادوا أن يجمعوا له من بينهم مالاً يعطونه إياه حتى يجعل بينه وبينهم سداً"[٧].

فهذا يدل على مشروعية الإجارة وأنها كانت معروفة.

---

(١) سورة الكهف، آية ٧٧.

(٢) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١١، ص ٣٢. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٠٣.

(٣) سورة القصص، آية ٢٥، ٢٦.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن، ج٣، ص ١٤٦٦.

(٥) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ٧٤. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص٢. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج ٤، ص ٤١٢.

(٦) سورة الكهف، آية ٩٤.

(٧) انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٣، ص ١٦٩، "بتصرف يسير". ويأجوج ومأجوج قبيلتان اشتهرتا بالسلب والنهب.

٥ - قال تعالى: ﴿نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا، وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضاً سُخْرِيّاً وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾[١].

والمقصود من قوله: "يتخذ بعضهم بعضاً سخريا" "أي في العمل بأجر"[٢]. وليصرف بعضهم بعضاً في حوائجهم ويستخدموهم في مهنهم ويتسخروهم في أشغالهم حتى يتعايشوا ويصلوا إلى منافعهم هذا بماله وهذا بأعماله"[٣].

ثانياً: من السنة:-

١ - ما رواه أبوهريرة[٤] رضي الله عنه، عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم قال: "قال الله: ثلاثةٌ أنا خَصمُهم يومَ القيامةِ: رجُلٌ أَعطى بي ثمَّ غَدَر، ورجلٌ باع حُرّاً فأكل ثَمَنه، ورجلٌ استأْجرَ أجيراً فاستَوفى منهُ ولم يُعطِهِ أجرَه"[٥].

ولو لم تكن الإجارة مشروعة لما توَّعد الله من يمنع حق الأجير بالخصومة.

٢ - ماروته عائشةُ رضي الله عنها زَوج النبيِّ صلى الله عليه وسلم قالت: "واستأجرَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم وأبوبكرٍ رجلاً مِن بني الدِّيل هادياً

---

(١) سورة الزخرف، آية ٣٢.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ٧٤.

(٣) النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، ج٤، ص ١١٨.

(٤) عبد الرحمن بن صخر الدوسي: أبوهريرة. مشهور بكنيته. وقد أجمع أهل الحديث على أنه أكثر الصحابة حديثاً. دَعَا له النبي عليه الصلاة والسلام أن يحببه الله إلى المؤمنين، وكان إسلامه بين الحديبية وخيبر قدم المدينة مهاجراً وسكن الصفة. واستعمله عمر بن الخطاب على البحرين. توفي سنة سبع وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة.
انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج٧، ص ٣٤٨.

(٥) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٥، ص ٢٠٧، كتاب الإجارة (٣٧)، باب إثم من منع أجر الأجير (١٠)، رقم الحديث ٢٢٧٠.

خِرِّيتاً[١] وهوَ على دين كفّارِ قُريشٍ، فدَفَعا إليه راحِلَتيهِمـا، وواعَـداهُ غـارَ ثـورٍ بعدَ ثلاثِ ليالٍ، فأتاهُما براحلَتَيهما صُبحَ ثلاثٍ"[٢].

والحديث دليل على جواز الإجارة، إذ لو لم تكن جائزة لما استأجر النبي عليه الصلاة والسلام.

٣ - عن ابنِ عبَّاس[٣] رضيَ اللّه عنهما قال: "احْتَجَم النبـيُّ صلى اللّه عليـه وسـلم وأَعطى الحجَّامَ أجرَه"[٤].

فالحديث دليل على "إباحة الأجرة على المعالجة"[٥] فيقاس عليها غيرها.

٤ - "وبُعث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فـأقرهم على ذلك وبيّن أحكامه"[٦].

---

(١) الخرِّيتُ: الماهر الذي يهتدي لأخرات المفازة، وهي طُرُقُها الخفيَّة ومَضايقُها. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٢، ص ١٩.

(٢) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، ج ٥، ص ٢٠١، كتاب الإجارة (٣٧)، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام (٤)، رقم الحديث ٢٢٦٤.

(٣) عبد اللّه بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي، ابوالعباس، ابن عم رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم. وُلِد وبنو هاشم بالشعب قبل الهجرة بثلاث. كان لـه عند موت النبي عليه الصلاة والسلام ثلاث عشرة سنة. وضمه النبي عليه الصلاة والسلام إلى صدره وقال: "اللهم علّمه الحكمة" وأن يفقه في الدين. قال عنه عروة: ما رأيت مثل ابن عباس قط. وقال عنه طاووس: رأيت سبعين من أصحاب رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم إذا تدارؤوا في أمرٍ صاروا إلى قول ابن عباس. وكان يسمى بالبحر لكثرة علمه ولاه علي البصرة. مات سنة ثمان وستين وهو ابن إحدى وسبعين سنة.
انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج٤، ص ١٢١.

(٤) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح، ج٥، ص ٢٢١. كتاب الإجارة (٣٧)، باب خراج الحجام (١٨)، رقم الحديث (٢٢٧٨).

(٥) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص ٢٤٢.

(٦) السرخسي، المبسوط ، ج١٥، ص ٧٤.

ثالثاً: الإجماع:

وقد انعقد إجماع أهل العلم في كل عصر ومصر على جواز الإجارة(١).

رابعاً: العقل

كما دل العقل على جوازها "فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع"(٢).

الحكمة في مشروعية الإجارة:-

الإجارة باب عظيم من أبواب المعاملات، بل إن أكثر المعاملات التي تقع بين الناس إنما هي من قبيل الإجارة. ولا تخفي حاجة الناس إلى الإجارة ذلك أنه ليس لكل أحدٍ دارٌ يملكها، ولا يقدر كل مسافر على تملك سيارة أو طائرة يطير بها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكان الناس وحملهم تطوعاً. فهي تدفع الحاجة بقليل من البدل(٣).

وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر إذ ليس كل إنسان يستطيع أن يعمل الصنائع ويتقنها، ولا يجد متطوعاً بها. فلابد من الإجارة لذلك.

بل إن ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق حتى أن أكثر المكاسب بالصنائع(٤).

وفي الإجارة مراعاة لمصلحة الآجر والمستأجر. "فمصلحة الآجر الحصول على المال مع بقاء العين على ملكه، والمستأجر مصلحته بالوصول إلى المقصود من غير أن يتحمل ماهو فوق طاقته، ولعل هذا هو أهم مايميز عقد البيع عن عقد الإيجار، ففي عقد الإجارات يبقى الملك لصاحبه مع انتفاع الغير به، أما في عقد البيع فإن الملكية

---

(١) انظر: ابن المنذر، الإجماع، ص ١٧١.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦.

(٣) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٥٨. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦. "بتصرف يسير".

تنتقل إلى الآخر، ويتمحض حقه في البدل وهو الثمن. ولهذا عبر الفقهاء عن ذلك بقولهم: إن البيعات شرعت على حظ الأغنياء، والإجارات شرعت على حظ الفقراء"[١].

وهكذا يتبين لنا مدى حاجة الناس إلى الإجارة، ولو لم تكن مشروعة للحق الناس من جرَّاء ذلك ضيق وحرج وهما مما رُفع عن الأمة.

شبهة من منع الإجارة والرد عليها:

أما شبهة من منع من الإجارة فهي أن " الغرر يدخل عقد الإجارة من وجوه شتى

منها: أن المنافع المستقبلة غير مخلوقة، والعقد على مالم يخلق باطل.

ومنها: أن العقد يتوجه إلى عين حاضرة تُرى، أو غائبة تُوصف، وليست المنافع أعياناً حاضرة ولا غائبة فلم يصح العقد عليها.

ومنها: أن منافع العبد المعقود عليه قد تختلف بحسب اختلاف قوته وضعفه ونشاطه وكسله"[٢] فلا يمكن معرفتها فتضمنت الجهالة والغرر، والغرر منهي عنه[٣].

وقد نوقش أصحاب هذا القول بأن كلامهم مخالف للأدلة المتقدمة من الكتاب والسنة، كما أنه مخالفة وخرق للإجماع المتقدم. فهو اجتهاد في مقابل نص وإجماع وهو لايجوز.

ويمكن أن يجاب على قولهم إن الإجارة منهي عنها لما فيها من الغرر بأن هذا الاستدلال غير صحيح؛ ذلك لأن الإجارة لاتحل إلا بشروط تزيل عنها الغرر، لاسيما وأن الحاجة إليها داعية إلى مشروعيتها.

---

(١) عبدالله محمد عبد الله، الإجارة المنتهية بالتمليك "بحث في مجلة المجمع الفقهي"، العدد الخامس، ج٤، ص ٢٥٩٧.

(٢) الماوردي، الحاوي، ج ٩، ص ٢٠١.

(٣) انظر المرجع السابق.

أما قولهم إن المنافع معدومة حال العقد فيجاب عليه "أن المنافع وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يُستوفى في الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء"(١).

أما قولهم إن منافع العبد المعقود عليه قد تختلف فيجاب عليه أن مايقال فيه يقال في الإرضاع ومع ذلك فإن الشرع أجازه مع أن اللبن قد يقل وقد يكثر ولا يُعرف مقدار ما يشربه الصغير منه(٢).

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٦٦.

(٢) انظر: الشافعي، الأم، ج٤، ص ٢٦.

المبحث الثالث: أركان الإجارة وشروطها

المطلب الأول: أركان الإجارة:-

الإجارة عقد من العقود فما يقال في أركان العقد يقال في أركان الإجارة. وعلى هذا فأركان الإجارة عند الحنفية هي الصيغة: الإيجاب والقبول[١].

أما الجمهور من المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] فإن أركان الإجارة عندهم كما يلي:-

١ - الصيغة: وهي كل مايدل على الرضا على تمليك المنفعة بعوض[٥]، سواء كان بلفظ الإيجاب والقبول أم بالمعاطاة[٦].

٢ - العاقدان: المؤجِّر: وهو باذل المنفعة. والمستأجر: وهو طالب المنفعة[٧].

٣ - المنفعة: وهي "مالا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه"[٨].

فقوله: "مالا يمكن" أي الشيء الذي لايمكن الإشارة إليه، وهو عام جنس للمنفعة.

قوله: "حساً" احترز مما يمكن الإشارة إليه حساً من الأعيان بنفسه كالثوب والدابة فإنهما ليسا بمنفعة.

---

(١) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٥٨. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٢٩٧.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٤٧ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٣٢.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٤٧.

(٥) انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٣. "بتصرف يسير".

(٦) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢.

(٧) انظر: المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٦٠٥.

(٨) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج٢، ص ٥٢١.

قوله: "دون إضافة" معمول لإشارة وهو قيد في الإشارة، ومعناه: مالا يشار إليه حساً إلا بقيد الإضافة ولا يمكن عقلاً إلا ذلك مثل ركوب الدّابة ولبس الثّوب بخلاف الثّوب والدَّابّة فإنّهما يمكن الإشارة إليهما حسّاً من غير إضافة فركوب الدّابة منفعة والدّابة ليست كذلك.

قوله: "يمكن استيفاؤه" أخرج به العلم والقدرة؛ لأنهما لايمكن استيفاؤهما ولا تمكن الإشارة إليهما حساً إلا بإضافتهما تقول: هذا علم زيد.

قوله: "غير جزء ممّا أضيف إليه" أخرج به نفس نصف العبد ونصف الدّار مشاعاً لأنه يصدق عليه وهو مشاع لا تمكن الإشارة إليه إلاّ مضافاً ويمكن أخذ المنفعة منه، لكنّه جزء ممّا أضيف إليه وليس ركوب الدّابة وما شابهه كذلك فقوله يمكن صفة لما [يمكن][1]"[2].

٤ – الأجرة: كالثمن في البيع، وهو العوض[3].

المطلب الثاني: شروط الإجارة[4]:–

شروط الإجارة إجمالاً كما يلي:–

أولاً : الصيغة :– يشترط في صيغة الإجارة موافقة الإيجاب للقبول[5]، وأن

---

(١) ولعل الصواب [لايمكن].

(٢) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج٢، ص ٥٢١.

(٣) انظر: المرجع السابق، ج٢، ص ٥١٩، ٥٢٠.

(٤) سأكتفي في هذا المطلب بذكر الشروط المتفق عليها، والشروط التي اتفق عليها الجمهور.

(٥) انظر: الكاساني، البدائع، ج٥، ص ١٣٦. الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٤. النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص ٤. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ١٤٦، ١٤٧. وقد نصوا على هذا الشرط في كتاب البيع فتدخل الإجارة فيه؛ لأنها بيع من البيوع.

يكونا في مجلس واحد[١].

الثاني:- في العاقدين يشترط في العاقدين العقل فلا تنعقد إجارة المجنـون ولا الصبي الذي لايعقل[٢]. كما يشترط فيهما التراضي[٣].

ثالثاً: في المنفعة يشـترط فـي المنفعـة أن تكـون معلومـة[٤]، مباحـة فـلا يصـح استجار آلات الملاهي والمغنيات[٥]، مقـدورة الاسـتيفاء حقيقـة أو شـرعاً فـلا يصـح استئجار عبد آبق أو شارد أو مغصوب[٦].

كمـا يُشـترط فيهـا أن لا تكـون متعينـة علـى المؤاجـر، بـأن لايكـون العمـل المستأجر له فرضاً ولا واجباً[٧] على الأجير قبل الإجـارة، فـلا يصـح الاسـتئجار علـى الصوم والصلاة والحج[٨].

---

(١) انظـر: الكاسـاني، البدائـع، ج٥، ص ١٣٧. الصـاوي، بلغـة السـالك، ج٢، ص ٤. الشـربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٥. المرداوي، الإنصاف، ج٤، ص ٢٦٣.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٧٦. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٤. النـووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٤٧. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٤٧.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٧٩. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٤. الشافعي، الأم، ج٤، ص ٢٦، ٢٧، زاد المستقنع "المطبوع مع السلسبيل"، ج٢، ص ٤١٨، وقـد نـص عليه في كتاب البيع.

(٤) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٥٨. الدردير، الشـرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٣٢. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٤٧.

(٥) انظـر: الكاسـاني، البدائـع، ج٤، ص ١٩٠. الدرديـر، الشـرح الصغـير، ج٢، ص ٢٤٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٣٧. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٥٩.

(٦) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٧. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٥. النـووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٥٤. الحجاوي، زاد المستقنع، ج٢، ص ٥٤٦.

(٧) فرّق الحنفية بين الفرض والواجب مخالفين بذلك جمهور الفقهـاء فقـالو: إن الفـرض: مـا ثبـت بدليل قطعي، أما الواجب: ما ثبت بدليل ظني، فلا يوجب اليقين.
انظر: البخاري، كشف الأسرار، ج ٢، ص ٥٥٢ وما بعدها. الآسنوي، نهاية السول، ج ١، ص ٧٦.

(٨) انظـر: النظـام، الفتـاوى الهنديـة، ج٤، ص ٤١١. الدرديـر، الشـرح الصغـير، ج٢، ص ٢٤٥. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٦٢. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٤٥.

كما اشترطوا في المنفعة أن تكون مقصودة يعتاد الناس استيفاءها بعقد الإجارة ويجري بها التعامل بين الناس فلا يجوز استئجار تفاحة لشمها أو أشجار لتجفيف الثياب عليها[١]. وأن يعقد المستأجر على منافعها دون عينها فلا يجوز استئجار البستان لثماره والشاة لنتاجها[٢]، وأن تكون مملوكة للمؤجِّر أو مأذوناً له فيها[٣].

رابعاً : شروط الأجرة: يشترط في الأجرة ما يشترط في الثمن، فيشترط فيها أن تكون معلومة[٤] مباحة، طاهرة[٥]، منتفعاً بها مقدوراً على تسليمها[٦].

---

(١) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤١١. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٤. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٥٢. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٥٩.

(٢) انظر: الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٤٥. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٥٣. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٢٩.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٧٧. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٣٠. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٣٤.

(٤) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٢٩٧. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٣٥. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ٥٥١.

(٥) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٩٣. العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص ١٢٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ١١. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ١٥٢.

(٦) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص ٤١٠. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ١٢. البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص ١٥٢.

الباب الأول: – ضمان العين المستأجرة.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: – أحكام عامة تتعلق بضمان العين المستأجرة.

الفصل الثاني: – تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على المسائل الفقهية.

الفصل الأول: - أحكام عامة تتعلق بضمان العين المستأجرة

وفيه مباحث:

المبحث الأول : - ضمان العين المستأجرة إذا تلفت في يد المستأجر.

المبحث الثاني:- اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان.

المبحث الثالث:- ضمان المستأجر للعين إذا لم يسلم العين المؤجَّرة.

المبحث الرابع :- اختلاف المؤجِّر والمستأجر في التعدي والتفريط.

المبحث الخامس:- الضمان في الإجارة الفاسدة.

المبحث السادس:- صيانة العين المؤجَّرة وإصلاحها.

الباب الأول: ضمان العين المستأجرة

تمهيد:-

قسّم الفقهاء الإجارة تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة، والذي يتعلق بمحل هذا البحث هو تقسيمها بحسب ما ترد عليه، والذي يُفهم من كلام الفقهاء أن الإجارة من هذه الناحية نوعان:-

النوع الأول: إجارة ترد على المنافع أي أن المعقود عليه هو المنفعة، كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للّبس، والأواني والظروف للاستعمال.

النوع الثاني:- إجارة ترد على الأعمال، وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين وصباغة ثوب وإصلاح حذاء، فيكون المستأجر للقيام بهذه الأعمال هو الأجير[(١)].

لذلك فقد خصصت الباب الأول من هذا البحث للحديث عن الضمان في الإجارة التي ترد على المنافع، وقسّمته إلى فصلين:

الفصل الأول: أحكام عامة تتعلق بضمان العين المستأجرة.

الفصل الثاني: أحكام خاصة تتعلق بضمان العين أو "تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على مسائل الإجارة".

أما الباب الثاني فقد تحدثت فيه عن ضمان الأجير، وقسمته أيضاً إلى فصلين:-

الفصل الأول:- ضمان الأجير الخاص.

الفصل الثاني:- ضمان الأجير المشترك.

---

(١) انظر فيما سبق: - الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٧٤. البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٢، ٢٧. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٧٠. الشيرازي، التنبيه، ص ١٢٣. البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ٥. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، ص ٧٥٩، ٧٦٦. شرف الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٥٢.

المبحث الأول: – ضمان العين المستأجرة إذا تلفت في يد المستأجر، وفيه مطلبان:–

الأول : – ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بفعل المستأجر.

الثاني : – ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بغير فعله.

تمهيد:–

اتفق فقهاء الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) على أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر. وعلى هذا فإن تلفت العين بدون تعدٍ من المستأجر أو تفريط فلا ضمان عليه.

"لأن قَبْضَ المستأجر للعين قبض مأذون فيه"(٥)؛ ذلك أنه قبض العين "لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة، كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته، أو قبض الزوج امرأته الأمة"(٦).

واستثنى المالكية من ذلك ما لو كان المستأجر متهماً فإنه يحلف على عدم التفريط، جاء في الشرح الصغير: "مكتري الدابة ونحوها أمين، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف كان مما يغاب عليه أم لا، ويحلف إن كان متهماً لقد ضاع

---

(١) الكاساني، البدائع، ج ٤، ص ٢١٠. علي حيدر، درر الحكام، ج ١، ص ٥٩١، المادة ٦٠٠.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢٤. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٦.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٩٧. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج "المطبوع مع حاشيتي الشرواني وابن القاسم"، ج ٤، ص ٢١٠.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٣٠. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣.

(٥) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٠.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٣٠. وانظر: الزريراني، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل، ج٢، ص ٤٠٧.

ومافرطت، ولا يحلف غيره، وقيل يحلف ما فرط"[١] اهـ، و "الضمير عائد على غير المتهم أي فيقتصر في يمينه على قوله ما فرطت ولا يحلف على الضياع. والفرق أن غير المتهم إذا وقع منه ضياع إنما يكون من تفريطه غالباً فيكفي حلفه ما فرّطت، وهناك قول ثالث أنه كالمتهم يحلف لقد ضاع وما فرطت"[٢].

فإن تعدى المستأجر على العين أو فرَّط فإنه يكون ضامناً بلا خلاف[٣].

إذا تقرر ماسبق: فإن تلف العين المستأجرة إما أن يكون بفعل المستأجر أو بغير فعله، وفيما يلي نفصّل القول في كل مسألة.

المطلب الأول:- ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بفعل المستأجر

إن تلفت العين المستأجرة بفعل المستأجر فإن كان فعله معتاداً أو مأذوناً فيه بمقتضى عقد الإجارة، فلا ضمان على المستأجر باتفاق.

وقد ضرب الفقهاء رحمهم الله تعالى على ذلك أمثلة كثيرة. فمن ذلك ما قاله السرخسي[٤]:"وإذا بنى المستأجر في الدار تنوراً يخبز فيه بإذن رب الدار أو بغير إذنه

---

(١) الدردير، ج٢، ص٢٥٦. وانظر: الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦.

(٢) الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٥٦. وانظر: العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج٧، ص ٢٦.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٣٠ وما بعدها. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٥ وما بعدها. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٧ وما بعدها. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٦ وما بعدها. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٧٤. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٣ وما بعدها. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج٢، ص ٨٩. بهاء الدين المقدسي، العدة في شرح العمدة، ص ٢٦٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٦٠، ٢٦١.

(٤) محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبوبكر شمس الأئمة السرخسي. كان إماماً علامة حجة متكلماً مناظراً أصولياً مجتهداً. أملى المبسوط نحو خمسة عشر مجلداً وهو في السجن، وله كتاب في أصول الفقه، وشرح السير الكبير، وله مختصر الطحاوي. مات في حدود التسعين وأربعمائة،=

فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدي في هذا التسبب فإن اتخاذ التنور من توابع السكنى، وللساكن أن يضعه في موضعه بغير إذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب الدار"(١) ا.هـ.

وقال ابن القاسم(٢) فيمن استأجر ثوباً فتلف أو تخرق من لبس المستأجر: "وإن استأجرت ثوباً لتلبسه يوماً إلى الليل .. فإن هلك بيدك لم تضمنه"(٣) ا.هـ.

وقال الشافعي(٤) "وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضربها أو نخسها(٥) بلجام(٦) أو ركضها(٧)، فماتت سُئل أهل العلم بالركوب فإن كان فعل من ذلك

= حدود الخمسمائة.

انظر ترجمته: اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ١٥٨. الزركلي، الأعلام، ج٥، ص ٣١٥.

(١) المبسوط، ج ١٥، ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) أبوعبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جُنَادة العُتَقي، مولى زيد بن حارثة العتقي. ولد سنة اثنتين وثلاثين ومائة. كان حافظاً حجة فقيهاً. أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة وتفقه به وبنظرائه، لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه. توفي بمصر سنة إحدى وتسعين ومائة وهو ابن ثلاث وستين سنة.

انظر ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٦، ص ٢٢٧. ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٢٣٩. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص ٥٨.

(٣) انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٤١٦.

(٤) محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي. ولد بغزة وقيل بعسقلان سنة خمسين ومائة. قال عنه الثوري: "ما رأينا مثل الشافعي، ولا هو رأى مثل نفسه" صنف كتاب الأم، والرسالة. ومات بمصر سنة أربع ومائتين.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٠، ص ٢٦٤. ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٩، ص ٢٣.

(٥) أصل النَّخْس: الدفع والحركة، وهو طعن الدابة بعود أو غيره حتى تهيج وتتحرك.

انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج٥، ص ٣٢. الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٢٧ مادة "نخس".

(٦) اللجام للفرس، والجمع لُجُم، يقال ألجمت الفرس إلجاماً جعلت اللجام في فيه.

انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٢١٠، مادة "لجم"

(٧) ركض الرجل ركضاً من باب قتل، ضرب برجله ويتعدى إلى مفعول فيقال ركضت الفرس =

ما تفعل العامة فلا يكون فيه عندهم خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل مايفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقة ولا شيء عليه وإن كان فعل ذلك عند الحاجة إليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله في الموضع الذي لايفعل في مثله ضُمِّن في كل حال من قبل أن هذا تعد"[١] ا.هـ.

وكذا لو استأجر دابة للحمل فحمَّلها المشروط فتلفت فلا ضمان عليه. قال ابن المنذر[٢]: "وأجمعوا على أن من اكترى دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة[٣] قمح فحمل عليها ما اشترط فتلفت فلا شئ عليه"[٤] ا.هـ.

والقاعدة في ذلك ماجاء في شرح المجلة أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[٥].

"ويفهم من هذه القاعدة أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك"[٦].

فالتلف الحاصل بالفعل المعتاد أو المأذون فيه لا يترتب عليه الضمان؛ لأن

= إذا ضربته ليعدو. الفيومي، المصباح المنير، ص ٩٠، مادة "ركض".

(١) الأم، ج٤، ص ٣٨. وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٢.

(٢) محمد بن إبراهيم بن المنذر، أبوبكر النيسابوري، الفقيه. نزيل مكة. ولد سنة اثنتين وأربعين ومائتين. كان مجتهداً لايقلد أحداً. سمع محمد بن عبد الحكم، والربيع بن سليمان. صنَّف كتباً معتبرة عند أهل الإسلام، منها الإشراف في معرفة الخلاف، والأوسط وهو أصل الإشراف، والإجماع والإقناع. توفي سنة ثمان عشرة وثلاثمائة.
انظر ترجمته: ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٩٨. الزركلي، الأعلام، ج٥، ص ٢٩٤.

(٣) القَفِيز: مِكْيال يَتَواضع الناسُ عليه، وهو عند أهل العراق ثمانية مَكاكيك. وقال محقق الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال أن القفيز المقدر في الخراج يعادل ٣٦ صاعاً من القمح أي مايـــزن ٢٦,١١٢ كيلوغراماً.
انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج٤، ص ٩٠. ابن الرفعة، هامش ص ٧٢.

(٤) الإجماع، ص ١٧٧.

(٥) على حيدر، ج١، ص ٨١، المادة ٩١.

(٦) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٨١، المادة ٩١.

التلف حصل بفعل مستحق تضمنه عقد الإجارة[١] فمثلاً لو اهترى فرش البيت أو السيارة بسبب كثرة الجلوس عليه أو اهترى إطار السيارة بالعمل المعتاد، أو ذهب طلاء جدران البيت أو ذهب صبغ السيارة لطول المدة، أو تآكل محرك الطائرة أو السفينة بعد عمله المدة التي يتآكل فيها غالباً فهذا لا يلزم المستأجر ضمانه؛ لأنه إنما استأجر العين لينتفع بها انتفاعاً معتاداً، وهذا يستلزم هذه الأنواع من التلف عادة، فكان مأذوناً فيه عرفاً[٢].

فإن تعدى المستأجر أو فرَّط فإنه يكون ضامناً بلا خلاف، وذلك كما لو استأجر داراً ليسكنها فأسكن فيها من يفوقه في الضرر كالقصَّار[٣] والحدَّاد[٤]، أو جعل منها مدرسة أو مصنعاً أو مخزناً[٥].

وكذا لو استأجر دابة[٦] لحمل مقدار معين فحمَّلها زيادة على المشروط[٧]،

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٣.

(٢) انظر: محمد سليمان الأشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجَّرة، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي في كتاب "بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج١، ص ٣١٤.

(٣) القصَّار: مبيِّض الثياب، قال الفيومي: "قصرتُ الثوبَ قصراً بَيَّضْته والقِصارة بالكسر الصِّناعة والفاعل قَصَّار" ا.هـ.
المصباح المنير، ص ١٩٣، مادة "قصر".

(٤) الحدّاد: مأخوذ من الحَدّ وهو المنع، قال الرازي: "ومنه قيل للبوّاب (حَدّاد) وللسَّجّان أيضاً إمّا لأنَّه يَمنَع عن الخروج أو لأنه يُعَالج الحديد من القيود" ا.هـ. وقال الفيومي: "ويسمى الحاجب حدَّاداً؛ لأنه يمنع من الدخول. والحديد معدن معروف وصانعه حدَّاد واسم الصناعة الحدادة بالكسر" ا.هـ.
مختار الصحاح، ص ١٢٦، مادة "حدد". المصباح المنير، ص ٤٨، مادة "حدد".

(٥) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٥. ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٧٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٠. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٨.

(٦) الدابة: كل حيوان في الأرض، وتخصيصها بالفرس والبغل عند الإطلاق عرف طارئ.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٧٢، مادة "دبّ".

(٧) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣٠٩. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٩، ص ٥٨، ٥٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٣. ابن قدامة، المقنع، ج٢، ص ٢١٠.

أو استأجر دابة ليسير بها مسافة معينة فزاد عليها فتلفت فإنه يكون ضامناً[١] وكذا لو استأجر سيارة فتجاوز بها المسافة المطلوبة، أو حمل عليها حملاً فوق طاقتها.

جاء في شرح المجلة في المادة ٦٠٣: "حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعدٍ، ويضمن الضرر والخسارة التي تتولد منها. مثلاً لو استعمل الثياب التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن. كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن"[٢]ا.هـ.

كما جاء في المادة ٦٠٤: "ولو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة ... لزم الضمان. مثلاً: لو ترك دابة الكراء حبلها على غاربها وضاعت ضمن"[٣]ا.هـ.

وفي المادة ٦٠٥: "مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى مافوق المشروط توجب الضمان"[٤] ا.هـ.

المطلب الثاني: - ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بغير فعل المستأجر.

يمكن تقسيم غير فعل المستأجر إلى

١ - فعل الآفة السماوية. ٢ - فعل الشخص الأجنبي.

أولاً: تلف العين المستأجرة بالآفة السماوية.

قد تتلف العين المستأجرة بأمر لاصنع للآدمي فيه وهو مايطلق عليه الفقهاء

---

(١) انظر: البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٣. ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام، ج٢، ص٣. الشافعي، الأم، ج٤، ص ٢٥. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٢، ٥٣.

(٢) على حيدر، درر الحكام، ج١، ص ٥٩٣.

(٣) انظر: المرجع السابق، ص ٥٩٤.

(٤) المرجع السابق، ص ٥٩٥.

الآفة السماوية أو السبب السماوي أو الجائحة[١] من مطر وشمس أو انهدام دار أو موت دابة أو مرض عبد أو غرق سفينة بفعل ريح أو نحو ذلك من الأسباب التي لاصنع للآدمي فيها.

فإن تلفت العين المستأجرة بسبب من ذلك، فلا ضمان على المستأجر؛ لأنه أمين، ولأن التلف حصل بغير صُنْعِهِ "وبشئ لايدخل في وسعه، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها كما أن التلف يمكن أن يستند إلى الآفة"[٢].

وقد ضرب الفقهاء على ذلك أمثلة. فمن ذلك ما قاله السرخسي: "ولو تكارى غلاماً ودابة إلى البصرة ... فأبق[٣] الغلام، ونفقت[٤] الدابة فعليه من الأجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة؛ لأنه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء مابقي بالهلاك والإباق، وقد كان أميناً فيهما. ولا ضمان عليه"[٥] ا.هـ.

كما جاء في المدونة: "أرأيت إن تكاريت سفينة من رجل ليحمل لي طعاماً، أو متاعاً إلى موضع من المواضع فغرقت السفينة، وغرق مافيها بعدما بلغ بالمتاع أو الطعام ثلثي الطريق ... أيكون على رب المتاع أو الطعام من الكراء شئ أو لا؟.

قال مالك[٦]: أما السفينة فلا كراء لصاحبها ولا ضمان عليه في شئ من ذلك.

---

(١) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٣٠، ص ٢٧٨. وانظر: عبد الله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص ١٧.

(٢) انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٣٣٢. بتصرف يسير.

(٣) أَبَقَ العَبْد يأبِق ويأبُق أي هرب.
الرازي، مختار الصحاح، ص ٢.

(٤) نَفَقَت الدابة: ماتت.
الرازي، مختار الصحاح، ص ٦٧٣.

(٥) انظر: المبسوط، ج١٥، ص ١٧٧، ١٧٨. وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٣٠.

(٦) مالك بن أنس بن مالك بن عامر بن أبي عامر، وهو ذو أصبح الحميري، أحد الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب المتبعة. ولد سنة ثلاث وتسعين من الهجرة. إمام دار الهجرة في زمانه. =

قلت: أليس قد قلت لي يضمن الطعام، أو الإدام في قول مالك؟ قال: إنما قال يضمن في الطعام والإدام إذا لم يجئ أمر من السماء فذهب به فأما إذا جاء أمرٌ من السماء فذهب به لم يضمن، والغرق أمرٌ من السماء"[1] ا.هـ.

كما جاء في المجموع: "وإذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان"[2] ا.هـ.

والآفة السماوية ليست من فعل المستأجر فلا يضمن التلف الحادث منها.

وقال ابن قدامة[3]: "وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر ومافيها. فإن كانت إحداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون قد غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها"[4]. ا.هـ.

= ومناقبه كثيرة، وقد أثنى عليه الأئمة بثناء أكثر من أن يحصر في هذا المكان. قال عن نفسه: ما أفتيت حتى شهد لي سبعون أني أهل لذلك". صنف الموطأ، وله رسالة في القدر والرد على القدرية، ورسالة في الأقضية. توفي سنة تسع وسبعين ومائة، وله تسعون سنة.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٠، ص ١٨٠. ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٥٦.

(١) انظر: مالك بن أنس، ج٣، ص ٥٠٠.

(٢) المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٩٤.

(٣) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله المقدسي، ثم الدمشقي، الصالحي الفقيه الزاهد الإمام، شيخ الإسلام، وأحد الأعلام، موفق الدين أبومحمد: ولد سنة إحدى وأربعين وخمسمائة. وحفظ مختصر الخرقي، سمع من والده، وأبي المكارم بن هلال، وهبة الله الدقاق وابن البطي. وانتفع بعلمه طائفة كثيرة. وقد كان ورعاً زاهداً. قال عنه أبي العباس ابن تيمية رحمه الله: "ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من الشيخ الموفق" وله مصنفات عديدة مشهورة: فمن تصانيفه في أصول الدين "البرهان في مسألة القرآن". ومن تصانيفه في الفقه "المغني في الفقه" ونُقل عن ابن عبد السلام قوله: "لم تطب نفسي بالفتيا حتى صار عندي نسخة "المغني" وكذلك "الكافي" ومن تصانيفه في أصول الفقه "الروضة". كانت وفاته سنة خمس عشرة وستمائة وله ثمانون سنة.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٣، ص ١٠٧. ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، ج٢، ص ١٠٥.

(٤) المقنع، ج٢، ص ٢٥٦.

ويستثنى مما سبق ما لو تلفت العين المستأجرة بالآفة السماوية بسبب تقصير المستأجر في الحفظ، فإنه يكون ضامناً؛ لأنه تسبب في تلف العين.

قال السرخسي: "ولو استأجر قبة[1] لينصبها في بيته ويبيت فيها شهراً فهو جائز ... فإن نصبها في الشمس أو المطر وكان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك؛ لأنه مخالف فالشمس تحرقها، والمطر يفسدها، وإنما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك"[2] ا.هـ.

وكذا قال المالكية[3] والحنابلة[4] في ضمان صاحب السفينة التي تغرقها الريح مع قدرة صاحبها على تصريفها، ولكنه لم يفعل حتى غرقت.

أما الشافعية فقد جاء في تحفة المحتاج: "ولو ربط دابة اكتراها لحمل أو ركوب مثلاً، ولم ينتفع وتلفت لم يضمنها؛ لأن يده يد أمانة. وتقييدها بالربط ليس قيداً في الحكم بل يستثنى منه قوله إلا إذا انهدم عليها إصطبل في وقت للانتفاع لو انتفع بها فيه لم يصبها الهدم لنسبته إلى تقصير حينئذ إذ الفرض أن لا عذر"[5] ا.هـ.

فعلى الرغم من أن الهدم أمر خارج عن وسع المستأجر إلا أن فقهاء الشافعية يقولون بضمان المستأجر للدابة إذا كان وقت انهدام الإصطبل وقت انتفاع بالدابة؛ لأن المستأجر مقصرٌ بعدم الانتفاع، إن لم يكن له عذر في ترك الانتفاع، فإن كان له عذر يمنعه من الانتفاع في ذلك الوقت لم يضمن .

وهكذا نجد أن تلف العين المستأجرة بالآفة السماوية لا يُلزم فيه المستأجر بالضمان، إلا إذا كان تلف العين بالآفة بسبب تقصير المستأجر في أمر المحافظة. والله تعالى أعلم.

---

(١) القُبَّة: من البنيان معروفة وتطلق على البيت المُدَوَّر والجمع قِبَاب.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ١٨٥.
(٢) انظر: المبسوط، ج١٥، ص ١٦٨.
(٣) انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٩٩.
(٤) انظر: ابن قدامة، المقنع، ج٢، ص ٢٥٦.
(٥) ابن حجر الهيثمي، ج٦، ص ١٧٩.

ثانياً : تلف العين المستأجرة بفعل شخص أجنبي:

إذا تلفت العين المستأجرة بفعل شخص أجنبي فإن كان فعله مستنداً إلى إذن المستأجر بإجارة[١] أو إعارة، ففي هذه الحالة يُنظر إلى من دُفعت إليه العين المؤجَّرة فإن كان يفوق المستأجر في الضرر فقد نص فقهاء الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] على أنه ليس للمستأجر دفع العين له.

ذلك أن عقد الإجارة اقتضى استيفاء منفعة مقدّرة، ودفع المستأجر العين لمن يفوقه في الضرر استيفاء لأكثر مما تعاقدا عليه، وليس له ذلك كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه[٦] وعلى هذا فإنه يضمن التلف الحاصل في العين؛ لأنه فعل ماليس له فعله فكان ضامناً[٧].

وفيمن يعود عليه الضمان قولان :

القول الأول : وهو للمالكية : حيث قالوا إن المكتري إن أكرى لغير أمين أو لمن هو أثقل منه أو أضر ولو كان دونه في الثقل فإما أن يعلم الثاني بتعدي الأول – بمعنى أنه يعلم أن المكتري الأول أقل ضرراً منه ومع ذلك دفع العين إليه – وإما أن لايعلم .

---

(١) نص جمهور الفقهاء على جواز تأجير المُستأجِر العين المُؤَجَّرة، وإن كان المالكية يقولون بالكراهة إذا كان ذلك لغير ضرورة.
انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٦. النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٧٢. مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٢١. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ١٨. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٠. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٨ وما بعدها. بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، ص ٢٦٦.

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٤٧. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٦.

(٣) انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٥. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٧.

(٤) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٠. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج٢، ص ٨٩.

(٥) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٨، ٥٩. البهوتي، الروض المربع "المطبوع مع الحاشية"، ج٥، ص ٣١١.

(٦) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩.

(٧) انظر: المرجع السابق، ج٦، ص ٦٤. "بتصرف يسير".

فإن علم بتعدي الأول فلرب الدابة في هذه الحالة أن يضمن الثاني وإن تلفت العين عنده بسبب سماوي لادخل له به، وكذا إن تعمد إتلافها وإن لم يعلم بتعدي الأول، وكذا إن تلفت بالخطأ على أحد القولين.

وإن لم يعلم الثاني بتعدي الأول فإما أن يعلم أنها في يد الأول بكراء – بمعنى أنه يعلم أن الأول مكتري ولكنه يجهل هل دفعها إليه وهو أعظم ضرراً منه أم لا – ففي هذه الحالة لرب العين أن يضمنه حيث أعدم الأول فقط. فإن لم يعلم أنها بيده بكراء بأن اعتقد أن العين ملك للمكتري الأول، أو لم يعتقد شيئاً فلارجوع له عليه ولو أعدم الأول[1].

جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل : " وضمن المكتري إن أكرى لغير أمين أو لمن هو أثقل منه أو أضر ولو دونه في الثقل. وإذا أكرى لغير أمين فلرب الدابة اتباع الثاني بتلفها عنده ولو بسماوي حيث علم الثاني بتعدي الأول، أو لم يعلم وأتلفها عمداً، وكذا خطأ على أحد القولين في جناية المشتري من الغاصب وهو غير عالم، وسواء كانا مليئين أم لا. فإن لم يعلم الثاني بتعدي الأول ولم تتلف بسببه، فإن علم أنها في يد الأول بكراء فلربها تضمينه حيث أعدم الأول فقط، فإن لم يعلم أنها بيده بكراء بأن اعتقد أنها ملكه أو لم يعتقد شيئاً فلا رجوع له عليه ولو أعدم الأول"[2].

القول الثاني : وهو للشافعية حيث قالوا إن الضمان على المستعمل الثاني إن علم الحال، فإن لم يعلم الحال فيفرق بين مالو كانت يد الثاني على العين يد أمانة كيد المستأجر، أو يد ضمان كيد المستعير.

فإن كانت يده يد أمانة فالضمان على الأول، وإن كانت يد ضمان فالضمان على الثاني[3]، لأن في إركابه لمن هو أثقل منه أو إسكانه من هو أشد ضرراً منه يصير

---

(١) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢. وقد ذكروا هذا فيما لو دفع الدابة لمن هو أعظم ضرراً منه، فتدخل بقية الأعيان في الحكم.

(٢) الزرقاني ، ج ٧ ، ص ٤٢ .

(٣) انظر : الشرقاوي ، حاشية الشرقاوي ، ج ٢ ص ٨٩ .

في حكم الغاصب ولهذا يضمن العين إن كان مستعيراً لها[١].

جاء في مغني المحتاج : " القرار على المستعمل الثاني إن علم الحال، وإلا فعلى الأول إن كانت يد الثاني يد أمانة كالمستأجر فإن كانت يد ضمان كالمستعير فالقرار عليه"[٢]ا.هـ.

أما إذا دفع المستأجر العين لمن هو مثله في الأمانة والضرر أو دونه في الضرر فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:-

الأول:- وهو للحنفية حيث قسموا العين المستأجرة إلى قسمين:-

القسم الأول: مايتفاوت الناس في استعماله:وهي كل عين يُشترط فيها التعيين كالدواب المستأجرة للركوب والثياب وآلات العمل التي يتفاوت الناس في استعمالها.

فمثل هذه الأعيان لايجوز للمستأجر أن يدفعها لغيره بإجارة، أو إعارة أو نحوها، وإن كان ذلك الغير مثله في الأمانة والضرر، أو دونه في الضرر. فإن فعل فإنه يكون ضامناً.

وعللوا ذلك بتفاوت الناس في استعمال مثل هذه الأعيان[٤]، فالمؤجِّر رضي باستيفاء المستأجر دون غيره فلا يجوز للمستأجر أن يدفع العين لغيره ليستوفي منفعتها لاختلاف الناس في ذلك الاستعمال، وعلى هذا فإن خالف المستأجر فإنه يكون ضامناً؛ لأنه متعد.

---

(١) انظر : الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ص ٣٥٣ ، الشرقاوي، حاشية الشرقاوي، ج٢، ص٨٩.

(٢) الشربيني، ج٢ ، ص ٣٥٣.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٥٣.

(٤) انظر: السرخسي: المبسوط، ج١٥، ص ١٦٩. الكاساني، البدائع ، ج٤، ص ٢٠٧. النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٧٢.

جاء في المدونة : "أرأيت إن استأجرت ثوباً ألبسه يوماً إلى الليل أيجوز [له] لي أن أعطيه غيري يلبسه في قول مالك؟ قال : لاينبغي لك أن تعطيه غيرك، لأنه إنما رضي بأمانتك، واللبس مختلف وأنت لو تلف منك فلاضمان عليك، وإن دفعته إلى غيرك كنت ضامناً إن تلف"أ.هـ. =

القسم الثاني: - ما لا يتفاوت الناس في استعماله: وهي كل عين لا يُشترط فيها تعيين المستأجر كالدار والحانوت، والدابة المستأجرة للحمل، فمثل هذه الأعيان لو دفعها المستأجر لمن هو مثله أو دونه في الضرر فتلفت من دون تعدٍ أو تفريط لم يضمنها المستأجر؛ لأن مثل هذه الأعيان لا يتفاوت الناس في استعمالها[١].

المذهب الثاني:- وهو للمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤]، وقالوا: إن للمستأجر أن يدفع العين المستأجرة لمن هو مثله في الأمانة والضرر، أو دونه في الضرر، وعللوا ذلك فقالوا: "إن للمستأجر استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه، والذي يستعمل نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز، كما لو وكّل وكيلاً في قبض المبيع أو دين له"[٥].

= ج٣، ص٤٢٧، ٤٢٨، فظاهر هذا النص من المدونة يفيد بأن العين المستأجرة إن كانت ثوباً فإن المستأجر يضمنها بمجرد الدفع إلى غيره كما هو مذهب الحنفية إلا أن الزرقاني في شرحه على مختصر خليل قيد القول بالضمان فيما إذا لم تكن هناك بينة على عدم التعدي أو التفريط، وعلى هذا فإن ضمان المستأجر للثوب عند المالكية ضمان تهمة لاضمان أصالة بخلاف الحنفية الذين يضمنون المستأجر ضمان اصالة.

قال الزرقاني : " يكره لمن استأجر ثوباً للبسه أن يكريه لمثله، وضمنه المكتري الأول إلا لبينة على تلفه من غير تعد الثاني، لأن ضمان الأول ضمان تهمة فيزول مع البينة لاضمان عداء كذا يظهر"أ.هـ. شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج ٧ ، ص ٢٠ .

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٤٧، ١٤٨. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٦.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٤، ٤٨٥. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٧. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ١٨.

(٣) الشافعي، الأم، ج٤، ص ١٨. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٨ وما بعدها. البهوتي، الروض المربع "المطبوع مع الحاشية"، ج٥، ص ٣١٠، ٣١١.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٨.

هذا إذا كان الضرر متساوياً، فإن كان ضرر الثاني أقل من ضرر المستأجر، فإن للمستأجر دفعها إليه؛ "لأنه يستوفي بعض ما يستحقه"[١]. وبناء على ماسبق فإن نشأ تلف عن مثل هذا الدفع فإن المستأجر لايكون ضامناً؛ لأنه ليس متعدياً بمثل هذا الفعل. فإن تعدى الثاني ضمن سواء كان مستأجراً أم مستعيراً، وإن لم يتعدّ فإن كان مستأجراً لم يضمن؛ لأنه أمين.

وإن كان مستعيراً من المستأجر فلا ضمان عليه وهو مقتضى مذهب الحنفية[٢]، والمالكية إن كانت العين المعارة فيما يغاب عليه[٣]. والأصح عند الشافعية[٤]،

---

(١) المرجع السابق، ج٦، ص ٥٩.

(٢) الحنفية يقولون إن يد المستعير على العين المعارة يد أمانة فلا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط، وهذا الحكم عند الحنفية خاص بالأعيان التي لا يتفاوت الناس في استعمالها، وإلا ضمن المستأجر.
انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ٨٤.

(٣) المالكية يقولون : " إن العارية نوعان : نوع يظهر هلاكه ولايكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا لايضمن إلا بالتعدي، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد كان من المستعير ففيه روايتان: إحداهما: لايضمن وهو الصحيح، والآخر: أنه يضمن".
عبدالوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٢٠٨، ١٢٠٩، ابن عبدالبر، الكافي، ص ٤٠٧.

(٤) جاء في مغني المحتاج: "لو تعدى المستأجر بأن ضرب الدابة أو كبحها... فوق العادة... أو أركبها أثقل منه، أو أسكن حداداً أو قصاراً وهما أشد ضرراً مما استأجر له ضمن العين، أي دخلت في ضمانه لتعديه، والقرار على المستعمل الثاني إن علم الحال، وإلا فعلى الأول إن كانت يد الثاني يد أمانة كالمستأجر. فإن كانت يد ضمان كالمستعير فالقرار عليه ... فإن قيل ماذكروه في الغصب في من ترتبت يده على يد الغاصب، وهنا ترتبت يده على يد المستأجر، والأصح أن المستعير من المستأجر لايضمن"أ.هـ.
فالشافعية يقولون في الأصح أن يد المستعير إذا ترتبت على يد المستأجر الغير متعدٍ فلاضمان عليه بخلاف ماإذا ترتبت يد المستعير على يد المستأجر المتعدي فإنه يضمن لأن يد المستأجر =

والأصح عند الحنابلة[١].

أما الوجه الثاني عند الحنابلة فقال: إن على المستعير الضمان[٢].

والأحكام السابقة تثبت إذا استند فعل الشخص الأجنبي إلى إذن المستأجر، فإن لم يستند إلى إذنه فإنه يكون ضامناً؛ لأنه يعتبر غاصباً[٣].

الترجيح:

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة وما استدل به كل فريق يترجح لي – والعلم عند الله – قول الجمهور القائلين بأن للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبمن يماثله في الأمانة والضرر أياً كانت العين، وفي ذلك مراعاة لمصلحة المتعاقدين. ذلك أنه باشتراط المماثلة بين المستأجر ونائبه نراعي مصلحة المؤجِّر؛ لأنه رضي باستيفاء المستأجر دون استيفاء من هو أشد ضرراً منه، ولما رضي بذلك فإنه رضي بمن هو مثله دلالة، إذ أن

= تحولت من يد أمانة إلى يد ضمان فضمن كالغاصب وكذا من ترتبت يده على يد المستأجر المتعدي.

وانظر : الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ ص ٣٥٣.

(١) جاء في كتاب الفروع لابن مفلح : "وله – أي للمستأجر – الإعارة لقائم مقامه؟ وفي ضمان مستعير وجهان"أ.هـ. ج٤ ، ص ٤٤٥ .

ثم قال المرداوي في تصحيح الفروع "قوله : وله الإعارة لقائم مقامه، وفي ضمان مستعير وجهان" ا.هـ.

أحدهما : لايضمن ، وهو الصحيح، قال في التلخيص : ولاضمان لمستعير من المستأجر، على الأصح، واقتصر عليه في القواعد الفقهية، وقدمه في الرعاية الكبرى في باب العارية...

والوجه الثاني : يضمن ، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب" أ.هـ. ج٤ ، ص٤٤٥ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٦٨. النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٧١،٤٧٢.

تعيين المستأجر إنما هو من قبيل تقدير المنفعة، وخوف التلف، لا لكونه شرطاً، بدليل أن المستأجر إذا ترك الانتفاع بالعين لزمه الكراء فدل ذلك على أن المقصود من التعيين تقدير المنفعة، وخوف التلف. كما أن في ذلك مراعاة لمصلحة المستأجر إذا أنه قد يحول بينه وبين الانتفاع بالعين حائل من مرض أو سفر، ويكون غرضه في العين مستمراً، ولكن الحائل منعه من الانتفاع بها مؤقتاً، فلو قلنا إنه ليس له حق في إجارة العين أو إعارتها للحقه من جراء ذلك حرج شديد إذ أن فيه تضييعاً لماله لذلك فإننا نجيز له أن يدفع العين لمن يماثله في الضرر، بل حتى لو لم يكن هناك مانع يمنعه من استيفائها بنفسه؛ لأن المالك سلّطه عليها، وأقامه مقام نفسه في الانتفاع بها ولم يشترط عليه عدم تأجيرها، فجاز له دفعها لغيره. وعلى هذا فإن المستأجر لا يضمن التلف الحاصل في يد الأجنبي؛ لأنه ليس متعدياً بدفعها لمن هو مثله في الأمانه والضرر إذ أنه فعل ماهو حق له بمقتضى عقد الإجارة.

فإن تعدى الأجنبي ونتج عن تعديه ضرر، فإنه يكون ضامناً لوجود موجبات الضمان.

مسألة:- لو شرط المؤجِّر على المستأجر أن لا يستوفي المنفعة إلا بنفسه:-

تقدم معنا أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة يقولون إن للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبمن يماثله في الأمانة والضرر في جميع الأعيان المؤجَّرة. وكذلك الحنفية في الأعيان التي لايتفاوت الناس في استعمالها كالدار والحانوت إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما لو شرط المؤجِّر على المستأجر أن لا يستوفي المنفعة إلا بنفسه على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:- وهو للمالكية(١) ووجه عند الشافعية(٢) ووجه عند الحنابلة(٣) وقالوا بفساد العقد. وعللوا ذلك بأن مثل هذا الشرط ينافي مقتضى العقد فكان كما لو شرط عليه أن لا يستوفي المنافع(٤).

واستثنى المالكية من ذلك ما لو أسقط المؤجِّر شرط الضمان(٥)، فإن الإجارة تصح بعد إسقاط الشرط.

القول الثاني:- وهو وجه عند الشافعية(٦)، وقياس قول الحنابلة(٧)، وقالوا

---

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٠. العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج٧، ص ١٨.

(٢) جزم بهذا الوجه في التحفة، ومغني المحتاج، ولم يذكرا أن في المسألة وجوهاً.
انظر: ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٠. قليوبي، حاشية قليوبي على شرح المحلى، ج٣، ص ٧٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦١.

(٤) انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٠. المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٥٩. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦١.

(٥) انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٠. العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج٧، ص ١٨.

(٦) ذكر هذه الأوجه الثلاثة الماوردي في الحاوي فيمن اكترى أرضاً لزرع الحنطة على أن لا يزرع ما سواها. انظر: ج٩، ص ٣٠٥.
إلا أن المطيعي في تكملته للمجموع ذكر أن هذه الأوجه تجري فيما لو اشترط ألا يستوفي في المنفعة مثلها أو مادونها، أو اشترط أن لا يستوفيها بمثله أو من هو دونه.انظر: ج١٥، ص ٥٩.

(٧) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٠. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٢.

ببطلان الشرط؛ "لأنه ينافي موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلاً"[١]. إلا أن هذا الشرط لا يبطل العقد عند من قال به من الشافعية، وأصح الوجهين عند الحنابلة؛ "لأنه لا يؤثر في حق المؤجِّر نفعاً ولا ضراً فألغي وبقي العقد على مقتضاه"[٢].

القول الثالث:- وهو وجه عند الشافعية[٣]، ووجه عند الحنابلة[٤]، ويقول بصحة الشرط والعقد؛ "لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجِّر فلا يملك مالم يرض به، ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة"[٥].

الترجيح:-

من خلال ماسبق يترجح لي قول من قال إن اشتراط المؤجِّر على المستأجر أن لا يستوفي منفعة العين إلا بنفسه دون غيره شرط صحيح وملزم؛ ذلك أنه قد يكون للمؤجِّر غرض في تأجير العين لشخص دون غيره لما يعلم من أمانته وحرصه على مال غيره كحرصه على مال نفسه وفي هذا يقول الدكتور عبدالرحمن بن حسن النفيسة: "ولعل هذا هو الأقرب للعدل فالمالك حين يؤجر داره قد يرغب في شخص بعينه ولا يرغب في آخر. فهو مثلاً يرضى بهذا المستأجر؛ لأنه أمين على داره ولا يرضى بذاك؛ لأنه على عكسه. والمستأجرون يتفاوتون في استيفاء المنفعة فمنهم من يحرص على حق غيره كحرصه على حقه ومنهم من لا يبالي بحق غيره فإذا شرط المالك على المستأجر ألا

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٠. وانظر: المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٥٩.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٠، ٦١. وانظر: المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٥٩. ابن مفلح المبدع، ج٥، ص ٩٢، ٩٣.

(٣) المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٥٩. وانظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٠. ابن مفلح، الفروع، ج٥، ص ٩٣.

(٥) انظر: ابن قدامة، المرجع السابق. المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٥٩.

يسكن في داره أو يؤجِّرها لغيره فقد قصد بذلك المحافظة على داره. وقبول المستأجر بهذا الشرط قبول بواجب والتزام بحق، وهذا الالتزام واجب النفاذ لقوله تعالى: ﴿ياآيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[(١)]. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرَّم حلالاً أو أحل حراماً"[(٢)].

وعلى هذا القول إذا كان المالك قد أجَّر الدار دون شرط يحدد صفة استيفاء المنفعة أو نوعها فحق المستأجر في منفعتها حق مطلق لا يقيده إلا "عدم الإضرار بها" أما إن كان المالك ومن هو في حكمه قد شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه فيجب عليه الوفاء بالشرط"[(٣)] ا.هـ.

وفي هذا مراعاة لمصلحة كلا الطرفين، وبالتالي فإن خالف المستأجر بعد الشرط، فإنه يكون ضامناً لتعديه على العين بدفعها لغيره . والله تعالى أعلم.

---

(١) سورة المائدة، آية (١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مسائل في الفقه، العدد السابع عشر، ص ٢١٢.

المبحث الثاني:- اشتراط المؤجّر على المستأجر الضمان.

وفيه مطلبان

المطلب الأول:- اشتراط المؤجّر على المستأجر الضمان.

المطلب الثاني:- أثر الشرط على صحة العقد.

المطلب الأول: حكم اشتراط المؤجّر على المستأجر الضمان.

تقدم معنا أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا إذا تعدى عليها أو فرّط في حفظها.

فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا الشرط على قولين :

القول الأول : وهو للحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣)، وأصح الروايتين عند الإمام أحمد(٤) وقالوا بفساد الشرط إذ أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقدالذي يعتبر العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر(٥)،"ومالايجب ضمانه لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه"(٦).

---

(١) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٤٣. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٩١، ٥٩٢، المادة ٦٠١.

(٢) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٤.

(٣) لم ينص فقهاء الشافعية على هذه المسألة في كتاب الإجارة ولكنهم قالوا "إن العين المستأجرة يد المكتري عليها يد أمانة فيأتي ما سيذكره في كتاب الوديعة" ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٧.
ثم ذكروا في كتاب الوديعة ما نصه: "فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً؛ لأنه أمانة فلا يصير مضموناً بالشرط، كالمضمون لايصير أمانة بالشرط". المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٤، ص ١٧٧.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٢. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج٥، ص١١٣.

(٥) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٤. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص٢٦.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٢.

"كما وأنه شرط ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه لأنه أقامه مقام نفسه"[١].

أما القول الثاني:- وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد وتقول بصحة الشرط[٢]، ودليل صحة الاشتراط قوله عليه الصلاة والسلام "المسلمون على شروطهم"[٣].

"وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه"[٤] ولأن المستأجر رضي بالشرط.

ويمكن أن يجاب على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث ليس على إطلاقه فليس كل شرط يجب الوفاء به، ويشهد لهذا تمام هذا الحديث والذي جاء فيه: "إِلاَّ شَرْطاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً"[٥].

فالشروط التي يجب الوفاء بها هي الشروط التي تكون من باب ما أمر الله به، وليس الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى العقد.

كما أن حديث "المسلمون على شروطهم" يخصه قول النبي عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها عندما أرادت أن تشتري بريرة[٦] وتعتقها فاشترط

---

(١) المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٤، ص ١٨٠.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٢. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج٥، ص١١٣.

(٣) سبق تخريجه، ص٢٦ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٢.

(٥) الترمذي، سنن الترمذي "المطبوع مع تحفة الأحوذي"، ج٤، ص ٤٨٧، أبواب الأحكام (١٣)، باب ماذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس (١٧)، رقم الحديث ١٣٦٤.

وقد تفرد الترمذي بهذه الزيادة في الحديث. وقال عنها "هذا حديث حسن صحيح".

(٦) بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها. قيل: كانت مولاة لقوم من الأنصار، وقيل لآل عتبة بن أبي إسرائيل، وقيل لبني هلال. فاشترتها عائشة فأعتقتها، وكانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها. عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية.

انظر ترجمتها: ابن حجر، الإصابة، ج٨، ص ٥٠. تهذيب التهذيب، ج١٢، ص ٤٣٢.

أهلها أن يكون الولاء[1] لهم"فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم،فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:"ابتاعِي فأَعتِقي فإنما الوَلاءُ لِمَن أَعتَق"قال ثمَّ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"مابالُ أُناسٍ يَشترِطونَ شروطاًليسَت في كتاب الله؟ من اشترطَ شرطاً ليس في كتابِ الله فليسَ له وإن شرطَ مائةَ مرَّة، شرطُ الله أَحقُّ وأَوثَق"[2].

قال ابن حجر في الفتح: "يعني أن الشروط الغير مشروعة باطلة ولو كثرت"[3]ا.هـ.

قلت: وهذا شرط غير مشروع؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، ذلك أن عقد الإجارة يقتضي أن يد المستأجر على العين يد أمانة فلا يضمنها دون تعدٍ أو تفريط. حتى وإن رضي بالشرط فإنه لا يلزمه؛ لأن رضى المتعاقدين لايجعل الحرام حلالاً، كما أن هذا الرضى قد تكون فيه شائبة لحاجة المستأجر للعين فيرضى مضطراً. والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: أثر اشتراط الضمان على صحة العقد.

تبين لنا من خلال ماسبق فساد اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان عند جمهور الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في إفساد الشرط للعقد على مذهبين.

المذهب الأول:- وهو للحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية على القول

---

(١) يعني ولاء العتق، وهو إذا مات المُعْتَقُ وَرِثَهُ مُعْتِقُه، أو ورثةُ مُعْتِقِه، كانت العرب تبيعه وتهبه فنُهي عنه، لأن الولاء كالنسب، فلا يزول بالإزالة.
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٥، ص ٢٢٧.

(٢) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٥، ص ٤٩٨، كتاب المكاتب (٥٠)، باب مايجوز من شروط المكاتب، ومن اشتراط شرطاً ليس في كتاب الله (٢)، رقم الحديث ٢٥٦١.
مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٠، ص ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦. كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لن أعتق.

(٣) ج٥، ص ٥٠٠.

(٤) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٤٢. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ص ٤٣٦، المادة ٤٦٠.

(٥) انظر: الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦. وقال: "وإنما يفسد الكراء حيث لم=

المشهور[١]، ووجه عند الإمام أحمد[٢] ويقول بفساد العقد. استدلالاً بما رواه عمرو بن شعيب[٣] عن أبيه عن جده أنه صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع وشرط"[٤].

= يسقط الشرط قبل الفوات وإلا صحت الإجارة، والفوات بانقضاء العمل".

(١) لم ينص فقهاء الشافعية على هذه المسألة في كتاب الإجارة إلا أنهم ذكروا في كتاب البيع ما نصه "البيع الصحيح إذا ضُم إليه شرط، فذلك الشرط ضربان: صحيح وفاسد. فإن كان صحيحا فالعقد صحيح. وإن كان فاسداً، فإن كان مما لا يفرد بالعقد، نظر، إن لم يتعلق به غرض يورث تنازعاً لم يؤثر ذلك في العقد كما سبق ... وإن تعلق به غرض فسد البيع بفساده ... هذا هو المشهور. ولنا قول رواه أبو ثور. إن البيع لا يفسد بفساد الشرط بحال" ا.هـ.
انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص ٧١، ٧٢. قلت: والإجارة نوع بيع وشرط الضمان لايفرد بالعقد ويورث تنازعاً لأنه في صالح المؤجر.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣١. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣.

(٣) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي، أبو إبراهيم، ويقال أبو عبدالله المدني، ويقال الطائفي. سكن مكة وكان يخرج إلى الطائف، وكان أحد علماء زمانه. وثّقه ابن معين، وابن راهويه، وصالح جزرة، وقال الأوزاعي: ما رأيت قرشياً أكمل من عمرو بن شعيب روى عن أبيه، وطاوس، وسليمان بن يسار، والرُّبيّع بنت معوِّذ الصحابية. كما روى عنه مكحول، وعطاء، والزهري، وأيوب السختياني.
قال عنه يحيى القطان: "اذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به". وقال ابن عدي "عمرو بن شعيب في نفسه ثقة إلا أنه إذا روى عن أبيه عن جده يكون مرسلاً لأن جده محمد لا صحبة له".
مات أبوه محمد في حياة جده عبدالله، فكفل شُعيباً جده عبد الله. وتوفي عمرو بالطائف سنة ثمان عشرة ومائة.
انظر ترجمته: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج٣، ص ٢٦٣. ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٨، ص٤٣.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج٧، ص ٣٢٤. الخطابي، معالم السنن المطبوع مع تهذيب سنن أبي داود للمنذري، ج٥، ص ١٥٤.
وقال الحافظ ابن حجر في تخريج هذا الحديث: "رواه ابن حزم في المحلى، والخطابي في المعالم، والطبراني في الأوسط والحاكم في علوم الحديث من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في قصة طويلة مشهورة، ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للدمياطي ونقل فيه عن ابن ابي الفوارس أنه قال غريب، ورواه أصحاب السنن إلا ابن ماجة وابن حبان والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "لايحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع"
تلخيص الحبير، ج٣، ص ١٢، باب البيع المنهي عنه، رقم الحديث ١١٥٠. ==

فدل ذلك على فساد البيع مع الشرط

المذهب الثاني:- وهو قول للإمام الشافعي رواه أبوثور[(١)][(٢)] والوجه الثاني عن الإمام أحمد[(٣)] ويقول بصحة العقد وفساد الشرط.

وقد استدلوا على ذلك بحديث بريرة رضي الله عنها حينما أرادت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن تعتقها فاشترط أهلها الولاء. فقال لها النبي عليه الصلاة والسلام "ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق"[(٤)].

= وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في هذا الحديث : "قولهم : إنه " نهى عن بيع وشرط" فإن هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة". وقال في موضع آخر: "واحتجوا أيضاً بحديث يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى وشريك : "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط"، وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولايوجد في شيء من دواوين الحديث. وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء. وذكروا أنه لايعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه وأجمع الفقهاء المعروفون - من غير خلاف أعلمه من غيرهم - أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه ... شرط صحيح" أ.هـ.

انظر : مجموع الفتاوى، ج١٨، ص٦٣، ج٢٩، ص١٣٢.

وقال عنه الألباني في السلسلة الضعيفة: ضعيف جداً. انظر: ج١ ص٧٠٣، رقم الحديث ٤٩١.

(١) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان، أبو ثور الكلبي الفقيه صاحب الإمام الشافعي. سمع سفيان بن عيينة واسماعيل بن علية، ووكيعاً، وروى عنه أبوداود السجستاني، ومسلم بن الحجاج النيسابوري والبزار. وكان أحد الثقات المأمونين، ومن الأئمة الأعلام في الدين، وله كتب مصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه. سُئل الإمام أحمد عنه فقيل له: ما تقول في أبي ثور؟ قال: أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة، هو عندي في مسلاخ سفيان الثوري.

وكان أبوثور أولاً يتفقه بالرأي ويذهب إلى قول أهل العراق حتى قدم الشافعي بغداد، فاختلف أبو ثور إليه ورجع عن الرأي إلى الحديث. مات أبو ثور سنة أربعين ومائتين.

انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٦، ص ٦٥. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٣٧.

(٢) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص ٧١.

(٣) انظر: ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج٥، ص ١١٣.

(٤) سبق تخريجه، ص ١٠١.

فدل ذلك على أن النبي عليه الصلاة والسلام أبطل الشرط وأنفذ العقد[١] وفي هذا دليل على أنه إذا شُرط في العقد شرط ينافي مقتضاه فإن الشرط يبطل وينفذ العقد.

الترجيح:

بعد استعراض أقوال الفقهاء في المسألة وما استدل به كل فريق يترجح لي والعلم عند الله أن اشتراط الضمان في عقد الإجارة يبطل الشرط ولا يفسد العقد.

ذلك أن حديث بريرة رضي الله عنها أصلٌ ونص في المسألة. ذلك أن اشتراط أهل بريرة أن يكون الولاء لهم شرط ينافي مقتضى عقد البيع وهو من قبيل اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان فكما لم يبطل النبي عليه الصلاة والسلام بشرطهم عقد البيع، لم يُبطل شرط المؤجِّر عقد الإجارة.

ثم إن غاية ما استدل به من قال ببطلان العقد حديث "نهى عن بيع وشرط" وهو حديث ضعيف لايصح الاستدلال به ولايقف على معارضة حديث بريرة.

فإن قالوا: إن النهي يقتضى فساد المنهي عنه، فإنا نقول إن النهي الذي يقتضي الفساد هو النهي الذي يكون في ماهية العقد، وأما ماكان خارجاً عنه فإنه لايقتضي الفساد على أرجح الأقوال عند العلماء[٢]. والشرط الذي معنا خارجٌ عن ماهية عقد الإجارة فلم يقتض فساده.

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص ٣١٠.

(٢) انظر: القرافي، الفروق، ج٢، ص ٨٤. والمقصود بماهية العقد أركانه فإن كان النهي متوجهاً إلى أركان العقد وهما العوضان والعاقدان كان العقد فاسداً.

المبحث الثالث: ضمان المستأجر للعين إذا لم يسلم العين المؤجَّرة

اتفق فقهاء الحنفية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣)، على أنه يجب على المستأجر عند انقضاء مدة الإجارة أن يرفع يده عن العين المستأجرة. فلا يستعملها، ولا يحبسها عن المؤجِّر، وإنما يخلي بينه وبينها.

لأن تسلُّم المستأجر للعين في عقد الإجارة إنما هو لقصد استيفاء منافع مستحقة له لمدة معلومة، ومتى استوفيت تلك المنافع لم يبقَ حكم لذلك العقد، فوضع اليد على العين المستأجرة بعد ذلك خارج عن رضى المؤجِّر، ولا يجوز التصرف في ملك الغير بدون إذنه، ولذلك يلزم رفع يد المستأجر(٤).

أما المالكية فإنهم لم ينصوا على وجوب رفع يد المستأجر عن العين المؤجَّرة بعد انقضاء مدة الإجارة إلا أنهم ضمنوا مكتري الدابة إذا حبسها بعد انتهاء المدة حتى تغير سوقها، حيث قالوا: "إلا أن يحبسها المكتري بعد مدة الإجارة زمناً كثيراً كما لو اكتراها يوماً أو يومين مثلاً فحبسها عنده شهراً، أو حتى تغير سوقها الذي تراد له بيعاً أو كراء فله أي لربها مع الكراء الأول كراء الزائد الذي حبسها فيه أو قيمتها يوم التعدي مع الكراء الأول.

ومفهوم كثيراً أنه لو حبسها يسيراً كاليومين فليس له إلا كراء الزائد"(٥).

وتضمين المالكية للمكتري أجرة الزيادة يدل على أنهم يوجبون عليه رفع يده عن العين المكتراة بعد انتهاء المدة.

---

(١) على حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٧٩، المادة ٥٩١.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥١. المحلى، شرح المحلي على منهاج الطالبين "المطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة"، ج٣، ص ٨١.

(٣) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٤٤. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣.

(٤) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٧٩، المادة ٥٩١. "بتصرف يسير".

(٥) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤٢. انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٤٣.

وعلى هذا فإن أمسك المستأجر العين بعد انقضاء المدة فهذا على ضربين:-

أحدهما:- أن يكون أمسكها لعذر مانع من الرد، فهذا لا ضمان عليه، ولا أجرة عليه فيما بعد المدة، نص على ذلك الشافعية(١)، وهو مفهوم كلام الحنابلة(٢).

الضرب الثاني:- أن يمسكها لغير عذر، فلا يخلو حاله من أربعة أقسام:

الأول:- أن يطالبه المؤجِّر بها فيمنعه منها، فهذا غاصب عليه أجرة المدة التي بقيت فيها العين في يده؛ لأنه يستعملها بدون عقد، وعليه ضمانها إذا تلفت، كما نص على ذلك فقهاء الحنفية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥) وهو مقتضى كلام المالكية(٦).

القسم الثاني:- "أن يطالبه المؤجِّر فيستنظره فيها، فينظره مختاراً. فهذا في حكم المستعير يضمن الرقبة ضمان العارية ولا يضمن الأجرة"(٧).

القسم الثالث: - أن يبذلها المستأجر فلا يقبلها المؤجِّر. فهذا في حكم الوديعة، لا يضمن الرقبة ولا الأجرة، إلا أن يستعملها فيصير متعدياً فيضمن الأجرة إن سلمت،

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٣.

(٢) حيث ذكر في المغني ما نصه: "وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه فإن امتنع من ردّها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة". ومفهوم قوله لغير عذر يدل على أنه لو لم يسلمها لعذر لم يضمنها.
ابن قدامة، ج٦، ص ١٣١.

(٣) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٧٩، ٥٨٠، المادة ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣١.

(٦) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤٢.
ولابد من الإشارة إلى أن رفع اليد يلزم المستأجر سواء طلب المؤجِّر العين أم لم يطلبها، أما التسليم فإنما يلزم المستأجر بطلب المؤجر، وهو ملزم بالتسليم عند فقهاء المذاهب الأربعة، أما الرد إلى المؤجِّر فهي المسألة التي اختلف الفقهاء فيها، وسيأتي الحديث عنها في القسم الرابع.
وانظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٠، المادة ٥٩٣.

(٧) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٣.

ويضمن العين إن تلفت، نص على هذين القسمين الشافعية[١].

القسم الرابع: - أن لا يكون من المستأجر رد، ولا من المؤجِّر طلب ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء في لزوم رد المستأجِر العين المستأجرة على ثلاثة أقوال:-

القول الأول:- وهو للحنفية[٢] وأصح الوجهين عند الشافعية[٣] والأصح عند الحنابلة[٤]، ويقول إنه لا يلزم المستأجر رد العين المستأجرة، وإنما الذي يلزمه فقط التخلية بينها وبين مالكها وتسليمها عند الطلب لا ردها. وعلى هذا فلا يضمن العين ولا الأجرة مالم يكن من المؤجِّر طلب ولا من المستأجر منع ولا استعمال.

لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، وهذا يقتضي أن لا ضمان عليه وبالتالي لايجب عليه الرد كالوديعة[٥].

القول الثاني:- وهو الوجه الثاني عند الشافعية[٦] وقول عند الحنابلة[٧]، ويقول إن على المستأجر الرد إن كان قادراً عليه[٨]، وإن لم يطلب منه المالك. وعلى هذا يكون المستأجر عند امتناعه عن الرد بعد انقضاء مدة الإجارة في حكم الغاصب فيضمن العين والأجرة.

لأن المستأجر غير مأذون له في الإمساك بعد المدة. كما وأنه أخذ العين لمنفعة نفسه فأشبه المستعير[٩]، والمستعير يلزمه الرد فكذلك المستأجر.

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٣.

(٢) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٩. البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٩. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨١، المادة ٥٩٤.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥١.

(٤) ابن مفلح، الفروع، ج٤، ص ٤٥٤. المبدع، ج٥، ص ١١٣.

(٥) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٣. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٤٤، ١٤٥.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨. وقال عنه: إنه الأقرب إلى كلام الشافعي.

(٧) ابن مفلح، الفروع، ج٤، ص ٤٥٤.

(٨) لم ينص فقهاء الشافعية على شرط القدرة، ونص على ذلك الحنابلة.

(٩) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص ٢٩٨.

وقد أجيب على قولهم إن العين المؤجَّرة كالعين المعارة، بأن هذا قياس مع الفارق ذلك أن العارية يجب ضمانها في كل حال[١]؛ لذلك وجب ردها أما العين المؤجرة فإنه لايجب ضمانها؛ لأنها أمانة فلا يجب ردها[٢].

كما وأن العين المعارة لا فائدة للمعير فيها، وإنما هي محض نفع للمستعير فوجب عليه الرد، بخلاف العين المؤجَّرة فإن المنفعة منها ماهو نفع للمؤجِّر ومنها ما هو نفع للمستأجر.

فالمستأجر وإن انتفع بالعين فإن انتفاعه في مقابل مال، أما المستعير فإن انتفاعه بالعين دون مقابل لذلك وجب عليه الرد، وبهذا افترقت الإجارة عن الإعارة.

قال الكاساني[٣]: "لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه وعلى الذي أجّرها أن يقبض من منزل المستأجر؛ لأن المستأجر وإن انتفع بالمستأجَر لكن هذه المنفعة إنما حصلت له بعوض حصل للمؤجِّر فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة، ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها أياماً فهلكت في يده لم يضمن شيئاً سواء طلب منه المؤجِّر أم لم يطلب؛ لأنه لم يلزمه الرد إلى بيته بعد الطلب فلم يكن متعدياً في الإمساك فلا يضمن كالمودع إذا امتنع عن رد الوديعة إلى بيت المودِع حتى هلكت.

وهذا بخلاف المستعار أن رده على المستعير؛لأن نفعه له على الخلوص فكان رده

---

(١) وهذا مذهب الشافعية والحنابلة كما أشرنا سابقاً.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣١.

(٣) أبوبكر بن مسعود بن أحمد بن علاء الدين. ملك العلماء الكاساني. صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء. أخذ العلم عن علاء الدين السمرقندي صاحب التحفة. وعن مجد الأئمة السرخكسي. وله كتاب السلطان المبين في أصول الدين. تفقه عليه ابنه محمود، وأحمد بن محمود الغزنوي. توفي في رجب سنة سبع وثمانين وخمسمائة.
انظر ترجمته: اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ٥٣. الزركلي، الأعلام، ج٢، ص ٧٠.

عليه لقوله صلى اللـه عليه وسلم: "الْخَرَاجُ بِالضَّمانِ"[١] ولهذا كانت نفقته عليه فكـذا مؤنه الرد.

فإن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهباًوجائياً[٢] فإن على المستأجر أن يأتي بها إلى ذلك الموضع الذي قبضها فيه؛ لا لأن الرد واجب عليه بل لأجل المسافة التي تناولها العقد، لأن عقد الإجارة لا ينتهي إلا برده في ذلـك الموضـع. فـإن حملهـا إلى منزله فأمسكها حتى عطبت ضمن قيمتها؛ لأنه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد.

فإن قال المستأجر أركبها من هـذا الموضـع إلى موضـع كـذا وأرجـع إلى مـنزلي فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤجِّر؛ لأنه لما عاد إلى منزله فقـد انقضـت مدة

---

(١) أصل هذا الحديث ما روته عائشة رضي اللـه عنها، أنَّ رَجُلاً اشْتَرَى عَبْداً فَاسْتَغَلَّهُ ثُمَّ وَجَدَ بِـه عَيْباً فَرَدَّهُ. فَقَالَ "يَارَسُولَ اللـه! إِنَّهُ قَدِ اسْتَغَلَّ غُلاَمِي. فَقَالَ رَسُولُ اللـه صلى اللـه عليـه وسـلم "الْخَرَاجُ بَالضَّمَانِ".

الساعاتي،الفتح الرباني في ترتيب مسندالإمام أحمد، ج١٥، ص٦٢، أبواب أحكام البيوع، باب ماجاء في عهدة الرقيق.أبوداود،سنن أبي داود،ج٣، ص٢٨٣،كتاب البيوع، باب فيمن اشـترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، رقم الحديث٣٥١٠.الترمذي، جامع الترمذي "المطبوع مع تحفة الأحوذي"، ج٤، ص ٤٢٢، ٤٢٣، أبواب البيوع، باب ماجاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثـم يجد به عيباً (٥٣)، رقم الحديث ١٣٠٣، ١٣٠٤. النسائي، سنن النسـائي "المجتبى"، ج٧، ص ٢٢٣، كتاب البيوع، بـاب الخـراج بالضمـان. ابـن ماجـه، سـنن ابـن ماجـه، ج٢، ص ٧٥٤، كتاب التجارات (١٢)، باب الخراج بالضمان(٤٣)، رقم الحديث ٢٢٤٣، واللفظ له.

وقال ابـن حجـر في تخريـج الحديث: "رواه الخمسـة، وضعفـه البخـاري، وأبـوداود، وصححـه الترمذي وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم وابن القطان".

بلوغ المرام، ص ١٧٢.

وقال عنه الألباني "حسن".

إرواء الغليل، ج٥، ص ١٥٨، رقم الحديث ١٣١٥.

"وتفسير الخراج بالضمان، هو الرجل الذي يشتري العبد فيستغله ثـم يجد بـه عيبـاً فـيرده على البائع. فالغلة للمشتري؛ لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري. ونحو هذا من المسائل، يكون فيه الخراج بالضمان.

الترمذي، سنن الترمذي، ج٤، ص ٤٢٣.

(٢) هكذا ورد في النص ولعل الصواب [ذهاباً ومجيئاً].

الإجارة فبقيت أمانة في يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة"[١] ا.هـ.

القول الثالث:- وهو قول عند الحنابلة يقول: إن على المستأجر الرد مع القدرة بطلب المؤجِّر، ويضمنه بإمكانه[٢].

مسألة:- هل يلزم المستأجر إعلام المؤجِّر بانتهاء مدة الإجارة؟

رجّح بعض فقهاء الشافعية أن العين المستأجرة "كالأمانة الشرعية فيلزمه إعلام مالكها بها، أو الرد فوراً وإلا ضمن، والمعتمد خلافه. ويفرق بأن هذا وضع يده بإذن المالك أولاً بخلاف ذي الأمانة الشرعية.

وإذا قلنا بالأصح أنه ليس عليه بعد المدة إلا التخلية فقضيته أنه لا يلزمه إعلام المؤجِّر بتفريغ العين بل الشرط أن لا يستعملها ولا يحبسها لو طلبها"[٣].

مسألة:- إذا اشترط المؤجِّر على المستأجر أن يرد العين المستأجرة إليه، فهل يلزمه الرد بهذا الشرط؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:-

القول الأول:- وهو للحنفية[٤] وابن الصباغ[٥] من

(١) البدائع، ج٤، ص ٢٠٩.

(٢) انظر: ابن مفلح، الفروع، ج٤، ص ٤٥٤.

(٣) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٧. وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥١. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٠٨، ٣٠٩.

(٤) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٢، المادة ٥٩٤.

(٥) عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن محمد بن أحمد بن جعفر، أبونصر بن الصباغ البغدادي. فقيه العراق. مولده سنة أربعمائة. أخذ عن القاضي أبي الطيب الطبري. وكان أول من درّس بالنظامية.قال عنه ابن عقيل:"كملت له شرائط الاجتهاد المطلق" أضرَّ في آخر عمره، وتوفي سنة سبع وسبعين وأربعمائة. من تصانيفه: الشامل وهو من أصح كتب الشافعية وأثبتها أدلة، وكتاب الكامل في الخلاف بين الشافعية والحنفية، وكتاب الطريق السالم، والعمدة في الأصول. =

الشافعية[١] وجزم به في التحفة[٢] أن اشتراط المؤجِّر على المستأجر الرد غير ملزم، بل إن العقد يفسد بمثل هذا الشرط[٣]. واستثنى الحنفية من ذلك ما لو كان رد المستأجر لا يحتاج إلى حمل ومؤنة[٤].

القول الثاني:- وهو القول الآخر عند الشافعية ذكره القاضي أبو الطيب[٥] وقال عنه إنه بلا خلاف عند الشافعية[٦] ومذهب الحنابلة[٧]، ويقول بلزوم الرد إن شرطه المؤجِّر.

والذي يظهر لي أن سبب اختلاف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط أو عدم اعتباره مرده إلى أن من قال بفساد الشرط نظر إلى أنه شرط يخالف مقتضى عقد الإجارة[٨] والذي يعتبر يد المستأجر على المؤجَّر يد أمانة وبالتالي لا يلزمه الرد كالوديعة، وخاصة إذا كان رد العين يحتاج إلى مؤنة؛ لأن المستأجر لم ينل "منافع المأجور مجاناً فلا يلزمه أن

= انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ١٣٥. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٥١.

(١) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨.

(٢) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٧.

(٣) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٤٣. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٧.

(٤) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٤٣.

(٥) طاهر بن عبد الله بن عمر القاضي العلامة، أبوالطيب الطبري. أحد أئمة مذهب الشافعية وشيوخه والمشاهير الكبار. ولد سنة ثمان وأربعين وثلاثمائة. سمع من أبي أحمد الغطريفي وأبي الحسن الدارقطني وابن عرفة وغيرهم. توفي عن مائة وسنتين، ومن مصنفاته شرح مختصر المزني "والتعليق" و "المجرد" و"شرح الفروع" توفي سنة خمسين وأربعمائة.
انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٩، ص ٣٥٨. ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ٨٥. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٢٦.

(٦) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨.

(٧) ابن مفلح، الفروع، ج٤، ص ٤٥٤.

(٨) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٤٢، ٤٤٣.

يتحمل مؤنة الرد ومضرته"[(١)].

وأما من اعتبر الشرط وألزم به المستأجر فإنه نظر إلى أن اشتراط الرد إنما هو شرط عرفي يختلف الوضع فيه باختلاف الأعيان والأزمان وعلى هذا فإن الشرط صحيح عنده. وبالتالي فإن المستأجر يضمن إذا لم يرد العين المؤجَّرة بعد انتهاء المدة؛ لأنه متعد بالإمساك بمخالفته لشرط الرد.

قال النووي[(٢)]: "فإن قلنا لا يلزمه الرد ، فلا ضمان، وإن قلنا: يلزمه الرد، لزمه الضمان إلا أن يكون الإمساك لعذر"[(٣)] ا.هـ.

الترجيح:

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة يترجح لي أن الأصل في العين المستأجرة أنها أمانة في يد المستأجر مدة الإجارة وكذا بعدها إذا لم يستعملها أو يمنعها عن المالك استصحاباً لما كان كالمودع[(٤)].

وعلى هذا فإن المستأجر لا يلزمه رد العين وإنما الذي يلزمه هو التخلية بينها وبين مالكها، وتسليمها عند الطلب؛ لأن المستأجر وإن انتفع بالعين إلا أن انتفاعه في مقابل مال فكان الرد على المالك لحق الملك ولايلزمه إعلام المالك؛ لأنه من المفترض أن

---

(١) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٣، المادة ٥٩٥.

(٢) يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام، محي الدين أبوزكريا النووي الدمشقي. ولد سنة إحدى وثلاثين وستمائة. حفظ التنبيه، وكان يقرأ كل يوم اثني عشر درساً على المشايخ شرحاً وتصحيحاً، وكان حافظاً للمذهب وقواعده وأصوله. من تصانيفه: الروضة والمنهاج في شرح مسلم بن الحجاج، وكتاب "الأذكار" وكتاب "رياض الصالحين". مات سنة سبع وسبعين وستمائة.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٣، ص ٢٩٤. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج٢، ص ١٥٣. الأتابكي، النجوم الزاهرة، ج٧، ص ٢٧٨.

(٣) روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨.

(٤) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥١.

يكون المالك عالماً بوقت انتهاء العقد. فإن شرط المؤجِّر على المستأجر الرد، فالذي يترجح عندي صحة الشرط ولزوم تنفيذه من قبل المستأجر؛ لأنه شرط لا ينافي مقتضى العقد وإنما هو شرط عرفي يختلف باختلاف الأعيان والأزمان.

ونحن في الوقت الحاضر نجد أن الأعيان المؤجَّرة قد كثرت وكثُر مستأجروها، فلو قلنا إن المؤجِّر يلزمه رد كل عين يؤجِّرها للحق الناس من ذلك مشقة عظيمة، لا سيما وقد اتسعت المدن وترامت أطرافها. وعلى هذا فالأولى أن يحدد المكان الذي تُرد فيه العين كالسيارة أو الآلة، لأن مثل هذا الشرط اقتضى العرف اعتباره فإن خالف المستأجر الشرط صار متعدياً، فيضمن أجرة المثل في الأيام التي أمسك فيها العين، ويضمن القيمة إذا تلفت، ويستثنى من ذلك ما لو حال عذر بين المستأجر والرد. والله تعالى أعلم.

مسألة:- إذا تلفت العين في أثناء الرد:-

إذا تلفت العين في أثناء الرد ينظر إلى كيفية الرد، فإن كان فيه تعدٍ أو تفريط ضمن المستأجر. وذلك كما لو استأجر شخص من آخر دابة أو سيارة، وذهب المؤجِّر إلى بلدة أخرى غير البلدة التي وقعت فيها الإجارة فأخذ المستأجر العين إلى البلدة التي سافر إليها المؤجِّر ليوصلها إليه فتلفت ضمن المستأجر؛ لأنه يكون غاصباً بمثل هذا التصرف[1].

وكذا لو استأجر آلة فردها بطريقة لا تُرد بمثلها فتلفت ضمن، وذلك كما لو استأجر قدراً مدة ليطبخ فيها، ثم حملها بعد المدة ليردها فحملها على حمار، فسقط الحمار فانكسرت. فإن كان المستاجر لا يستقل بحملها فلا ضمان، وإن كان يستقل

---

(١) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٢، المادة ٥٩٤.
وقلنا بضمان المستأجر في هذه الحالة؛ لأن المؤجِّر عندما أجَّر الدابة أو السيارة إنما كان ليقودها المستأجر داخل البلد فلما خرج عنها كان متعدياً كالغاصب.

فعليه الضمان، سواء ألزمناه بالرد أم لا؛ لأن العادة أن القدر لا تُرد بالحمار مع استقلال المستأجر أو حمال بها(١).

فإن لم يكن في طريقة الرد تعدٍ أو تفريط لم يضمن المستأجر(٢)؛ لأنه أمين.

---

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨. "بتصرف يسير". قليوبي، حاشية قليوبي على شرح المحلي، ج٣، ص ٨١.

(٢) انظر: البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٩. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٢، المادة ٥٩٤. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٨. قليوبي، حاشية قليوبي على شرح المحلي، ج٣، ص ٨١.

المبحث الرابع: اختلاف المؤجّر والمستأجر في التعدي والتفريط

المستأجر أمين فإن تلفت العين المؤجَّرة وادَّعى المؤجِّر أن تلف العين كان نتيجة لتعدي المستأجر أو تفريطه في حفظها، وأنكر المستأجر فالقول قوله. نص على ذلك فقهاء المالكية[(١)] والشافعية[(٢)] والحنابلة[(٣)].

جاء في الشرح الكبير: "ومستأجر كمكتري الدابة ونحوها أمين فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف كان مما يغاب عليه أو لا"[(٤)] ا.هـ.

وجاء في التكملة الثانية للمجموع: "فإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجِّر وأنكره المستأجر، فالقول قول المستأجر؛ لأن الأصل عدم العدوان، والبراءة من الضمان[(٥)]" ا.هـ.

كما جاء في المغني: "وإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر؛ لأنه مؤتمن عليها فأشبه المودع، ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان"[(٦)] ا.هـ.

وقد علل ابن رشد ذلك بقوله: "إن الأشياء المقبوضة من أربابها على غير وجه الملك لا تخلو من أن تكون قبضت لمنفعة أربابها خاصة كالودائع والبضائع[(٧)] وشبه

---

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤. حيث ذكر أنه لو اختلف المكري والمكتري في الزيادة المحمولة على الدابة أو قدرها فالقول قول المكتري بيمينه؛ لأن الأصل عدم الزيادة. وجاء في حاشية قليوبي "ولو اختلفا في الزيادة أو قدرها صدِّق المنكر" ا.هـ ج٣، ص ٨٣.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٣١. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٤.

(٤) الدردير، ج٤، ص ٢٤.

(٥) المطيعي، ج١٥، ص ١٠٥.

(٦) ابن قدامة، ج٦، ص ١٦١.

(٧) البضاعة طائفة أو مجموعة من المال تعد للتجارة، واستبضعت الشئ جعلته بضاعة لنفسي =

ذلك، أو لمنفعة القابضين لها خاصة كالعواري والرهون، أو لمنفعتهما جميعاً كالقراض[١] والشيء المستأجر.

فأما ما قبض لمنفعة أربابها خاصة فالقابض فيها مؤتمن مصدق في دعوى التلف دون يمين إلا أن يُتهم فيُستحلف[١] عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً لا يغاب عليه، وكذلك ما قُبض لمنفعتهما جميعاً كالقراض والشيء المستأجر؛ لأنه تغلب فيه منفعة أربابها من أجل أنه أملك بمتاعه لو شاء لم يدفعه"[٣] ا.هـ.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في وجوب الحلف على المستأجر على عدم التعدي أو التفريط.

فذهب المالكية في أحد الأقوال[٤] والشافعية[٥] إلى اشتراط الحلف على المستأجر سواء كان متهماً أم غير متهم.

وهناك قول آخر عند المالكية إن على المستأجر إن كان غير متهم أن يحلف ما فرَّط ولا يحلف على الضياع إذ أنه يصدّق عليه من غير حلف. والفرق أن الضياع

= وأبضعته غيري بالألف جعلته له بضاعة، وجمعها بضائع.
انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص ٥٥، مادة "بضع". الفيومي، المصباح المنير، ص٢٠، مادة "بضع".

(١) "قارضه من المال قِراضاً من باب قاتل وهو المضاربة" فالْمُقَارَضة: "الْمُضَارَبة، وقَارَضهُ قراضاً دَفَع إليه مالاً لِيَتّجِر فيه ويكون الرِّبْحُ بيْنَهُما على ما شرطا والوضيعةُ على المال".
الفيومي، المصباح المنير، ص ١٩٠، مادة "قرض". الرازي، مختار الصحاح، ص ٥٣٠، مادة "قرض".

(٢) حَلَف: أي أقسم.
الجوهري، الصحاح، ج٤، ص ١٣٤٦، مادة "حلف".

(٣) البيان والتحصيل، ج٩، ص ١١٤.

(٤) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٤.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص ٩١، ج٢، ص ٣٥٤. إذ أنه ألزم المكتري باليمين في حالة الاختلاف في الزيادة المحمولة على الدابة.

ناشئ عن تفريطه غالباً فيكفي حلفه مافرَّط[1].

أما القول الثالث عند المالكية فيقول إن المستأجر يحلف إن كان متهماً لقد ضاع وما فرطت، ولا يحلف غير المتهم[2].

والراجح من هذه الأقوال، والله أعلم هو اشتراط الحلف على المستأجر مطلقاً سواء أكان متهماً أم غير متهم؛ لقطع المنازعة والخصومة.

---

(١) انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٦. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٤.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

المبحث الخامس :ـ الضمان في الإجارة[(١)] الفاسدة

الفاسد في اللغة:-

جاء في الصحاح: "فَسَدَ الشئ يَفْسُدُ فساداً فهو فاسدٌ، وقومٌ فَسْدَى، كما قالوا: ساقطٌ وسَقْطَى.

وكذلك فَسُدَ الشيء بالضم، فهو فَسيدٌ. ولا يقال انْفَسَدَ. وَأَفْسَدْتُهُ أنا.

والاستْيفادُ خلاف الاستصلاح. والمَفَسَدَةُ: خلاف المصلحة"[(٢)]ا.هـ.

الإجارة الفاسدة في الشرع:-

أولاً : عند الحنفية[(٣)]:

الإجارة الفاسدة هي الإجارة: "المشروعة بأصلها دون وصفها"[(٤)].

وقيل هي "الإجارة التي فاتها شرط من شروط الصحة"[(٥)].

شرح التعريف:-

المقصود بالمشروع بأصله دون وصفه: "أي ما عَرِضَ عليه من الجهالة، أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد حتى لو خلا عنه كان صحيحاً"[(٦)].

---

(١) تحدثنا في الفصل الثاني من الباب التمهيدي عن معنى الإجارة في اللغة.

(٢) الجوهري، ج٢، ص ٥١٩، مادة "فسد".

(٣) فرق الحنفية بين الفاسد والباطل مخالفين بذلك الشافعية والحنابلة الذين قالوا بأن الفاسد والباطل مترادفان. وعلى هذا فالإجارة الباطلة عند الحنفية هي "الإجارة التي لم تشرع بأصلها ولا وصفها" وقيل هي التي "فُقد فيها شرط من شروط الانعقاد".
انظر فيما سبق: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٨. الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٦٢. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٨٦. ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ص ١١٠.

(٤) الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٦٢.

(٥) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٨.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٦٢.

أما التعريف الثاني فهو واضح ولا يحتاج إلى شرح.

ثانياً: عند المالكية:

" هي كل كراء أو إجارة: بخطر، أو غرر في ثمن، أو مثمون، أو أجل"[١].

شرح التعريف:

المقصود بخطر: هو مالم يتيقن وجوده كقوله بعني فرسك بما أربح غداً

والغرر: ما يتيقن وجوده وشك في تمامه كبيع الثمار قبل بدو صلاحها.

وقوله في ثمن: مثال الغرر في ثمن الإجارة كأن يستأجر على خياطة ثوب بعبد آبق.

ومثاله في المثمون: أن يستأجر لشئ بعشرة دراهم مثلاً، ولا يسمى له فيما استأجره عليه. أو يكتري حانوتاً ولا يسمى ما يضع في الحانوت ولا مايزرع في الأرض ولا عادة.

ومثاله في الأجل: كأن يقول له تنتهي الإجارة عند قدوم زيد. أو أن يكتري منه داراً أو أرضاً إلى أن يقدم غلامه أو زوجته[٢].

ثالثاً: عند الشافعية:

الإجارة الفاسدة هي التي فقدت ركناً أو شرطاً[٣].

---

(١) أبو زيد القيرواني، رسالة أبي زيد القيرواني "المطبوعة مع كفاية الطالب وحاشية العدوي" ج٢، ص ١٣٧.

(٢) انظر: العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن، ج٢، ص ١٣٧، ١٣٨ "بتصرف يسير".

(٣) انظر: ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٤، ص ٢٩١. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطالب، ج٢، ص ٥٠. وقد ذكروا هذا حداً للبيع الفاسد فهو يشمل جميع العقود لأنه تعريف للفاسد.

رابعاً : عند الحنابلة:

هي كل ما كان منهياً عنها إما لعينها وإما لوصفها[1].

وهكذا نجد أن تعريفات الفقهاء للإجارة الفاسدة متقاربة إلى حد كبير. فكلهم يعتبر جهالة المنفعة أو الأجرة أو المدة يفسد العقد، وبعضهم يضيف إلى الجهالة اشتراط شرط لا يقتضيه العقد وإن كان الراجح خلاف ذلك لحديث بريرة[2] المشهور.

ومن قال إن الإجارة الفاسدة: التي فقدت ركناً أو شرطاً. - وهم الشافعية - فإنه يضيف إلى الجهالة إباحة الانتفاع وملك العين المؤجَّرة وطهارة الثمن ... إلى آخره من الشروط التي سبق ذكرها في الباب التمهيدي.

ولهذا أراه أجمع ماقيل في تعريف الإجارة الفاسدة إذ أنه يدخل جميع صور الإجارة التي لا تتحقق فيها أركان الإجارة وشروطها. والله تعالى أعلم.

حكم الإجارة الفاسدة:

اتفق فقهاء الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] من حيث الجملة على أن العقد الفاسد سواءً كان بيعاً أم إجارة يستحق الفسخ.

أما بالنسبة لاستحقاق المؤجِّر أو الأجير للأجرة فقد اختلف الفقهاء فيه من جانبين.

---

(١) ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ص ١١١. وقد ذكره حداً للعقد الفاسد فهو يشمل الإجارة؛ لأنها عقد من العقود.

(٢) سبق تخريجه، ص١٠١.

(٣) الكاساني، البدائع، ج٥، ص ٣٠٠.

(٤) الإمام مالك، المدونة، ج٣، ص ٤٨٠.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص ٧٣.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص ٣١٠.

الجانب الأول: وقت استحقاق الأجرة في الإجارة الفاسدة.

حيث ذهب الحنفية[(١)]، وهو رواية عن الإمام أحمد[(٢)] إلى أن الأجرة في الإجارة الفاسدة إنما تثبت في حق المستأجر إذا انتفع بالعين انتفاعاً حقيقياً. فلا يكفي فيها مجرد تسلم العين المستأجرة.

أما جمهور الفقهاء من المالكية[(٣)] والشافعية[(٤)] والرواية الثانية عن الإمام أحمد[(٥)] فقد قالوا بثبوت الأجرة على المستأجر بمجرد استلامه للعين سواء انتفع أم لم ينتفع.

أما الجانب الثاني: فهو مقدار الواجب في الإجارة الفاسدة.

حيث اتفق فقهاء الحنفية[(٦)] والمالكية[(٧)] والشافعية[(٨)] والحنابلة[(٩)] على أن على المستأجر أجرة المثل[(١٠)] بالغاً مابلغ إن لم يكن هناك مسمى.

---

(١) الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٢١.

(٢) ابن رجب، القواعد، ص ٦٧.

(٣) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٤٦، ٥٤٧.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٢٧.

(٥) ابن رجب، القواعد، ص ٦٧.

(٦) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ص ٤٣٩، المادة ٤٦٢.

(٧) ورد عن المالكية أنه قد يكون للمؤجِّر في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى وأجرة المثل في بعض الصور الفاسدة، وقد يكون له الأكثر، وقد يحكم له بالمسمى فقط لشبه الصحيحة، وقد تسقط لانتفاء الموجب.

انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٢٨. العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص ١٣٨.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٨.

(٩) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٨٧.

(١٠) أجرة المثل لا تجب في جميع صور الإجارة الفاسدة فالاستئجار على الغناء المحرم وآلات الملاهي، وحمل الخمر لا تجب فيها الأجرة؛ لأنها من المحرمات.

انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص٣٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٩. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٥٠. وابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٣.

فإن كان هناك مسمى فقد قال جمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] وزفر[٤] من الحنفية[٥] باطّراد الحكم.

أما الحنفية فقد فصَّلوا في المسألة حيث قالوا: إن كان فساد الإجارة ليس بناشئ عن مجهولية البدل وإنما هو ناشئ عن عدم وجود بعض شرائط الصحة الأخرى مع كون البدل معلوماً فإنه في هذه الحالة يلزم أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز المسمى، فإذا زاد أجر المثل على المسمى وجب المسمى[٦].

الضمان في الإجارة الفاسدة:-

لما كان الضمان لايجب في الإجارة الصحيحة بدون تعدٍ من المستأجر أو تفريط، فإنه لا يجب في الإجارة الفاسدة، كما نص على ذلك فقهاء الحنفية[٧] والشافعية[٨]والحنابلة[٩].

---

(١) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، ج٢، ص ١٣٨.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٨.

(٣) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٨٧.

(٤) زُفَر بن الهذيل بن قيس البصري. كان أبو حنيفة يبجِّله ويعظمه، ويقول: "هو أقيس أصحابي". ولد سنة عشرة بعد المائة. جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي. قال عنه الذهبي. "زفر بن الهذيل، أحد الفقهاء والعباد، صدوق، وثقه ابن معين وغير واحد". مات سنة ثمان وخمسين ومائة، وله ثمان وأربعون سنة.
انظر ترجمته: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج٢، ص ٧١. اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ٧٥.

(٥) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٨.

(٦) انظر: المرجع السابق. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٤٤٠، المادة ٤٦٢.

(٧) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٣. الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى "المطبوع بهامش مجمع الأنهر"، ج٢، ص ٣٩٠.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٨. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٨٣.

(٩) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣. ابن رجب، القواعد، ص ٦٧.

وقد جعل الفقهاء قاعدة ذلك: "أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده"[١].

جاء في البدائع:"ولا يثبت في هذه الإجارة[٢] شيء من الأحكام التي هي من التوابع، إلا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه وهي كونه أمانة في يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك في قبضٍ مأذونٍ فيه من قبل المؤجِّر"[٣] ا.هـ.

(١) ابن رجب، القواعد، ص ٦٧. وانظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٨٣.

(٢) يعني الفاسدة.

(٣) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٨.

المبحث السادس: صيانة العين المؤجَّرة وإصلاحها.

ذكرنا في المباحث السابقة أن العين المؤجَّرة أمانة في يد المستأجر لايضمنها إلا في حالتي التعدي عليها، أو التفريط في حفظها.

وعلى هذا فإن حصل في العين المؤجَّرة خلل أو نقص دون تعدى من المستأجر أو تفريط فإن إصلاحه على المالك، كما اتفق على ذلك فقهاء المذاهب الأربعة[١].

قال الكاساني: "وتطيين الدار وإصلاح ميزابها وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستأجر؛ لأن الدار ملكه وإصلاح الملك على المالك"[٢] ا.هـ.

كما جاء في مغني المحتاج: "وليس على المستأجر عمارتها بل هي على المؤجِّر سواء أقارن الخلل العقد كدار لا باب لها، أم عرض لها دواماً. وسواء أكان لا يحتاج لعين زائدة كإقامة مائل، أم يحتاج كبناء وتطيين"[٣] ا.هـ.

كما اتفق الفقهاء على أن المؤجِّر وإن كان عليه صيانة العين وإصلاحها، إلا أنه لا يجبر على هذا الإصلاح[٤]، وعللوا ذلك بأن المالك لايجبر على إصلاح ملكه[٥]. ومحل هذا الاتفاق فيما لو كان التلف أو الضرر الحاصل في العين كثيراً، أو كان يحتاج إلى عين جديدة.

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ١٠٩. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٥٤. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٢٩٨. البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ص ٢٦٢.

(٢) البدائع، ج٢، ص ٢٠٨. وانظر : المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٢٦٢.

(٣) الشربيني، ج٢، ص ٣٤٦. وانظر : البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ٢١.

(٤) الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ١٠٩، ١١٠. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٨. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٥٤. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٥٢. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٣. عميرة، حاشية عميرة على شرح المحلي، ج٣، ص ٧٨. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٦٨.

(٥) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٨. "بتصرف يسير".

وبناء عليه فقد اتفق الفقهاء على أن الخلل إذا كان كثيراً في العين أو احتاج إلى عين جديدة فإن المؤجِّر لايجبر على إصلاحه وللمستأجر في هذه الحالة خيار الفسخ(١)، إذا لم يقم المؤجِّر بإصلاح التالف في العين والصيانة الكافية لها(٢).

فإن رضي المستأجر بالعين وهي معيبة فلا خيار له(٣)، ولزمه جميع العوض(٤)؛

(١) ليس كل عيب في العين المستأجرة يثبت للمستأجر حق الفسخ إن لم يصلحه المؤجِّر، ذلك أن العيب الذي يُثبت له حق الفسخ هو العيب الذي يخل بمنفعة العين. قال ابن قدامة: "والعيب الذي يُرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وربض البهيمة بالحمل، وكونها جموحة، أو عضوضة، أو أشباه ذلك. وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري خيار الفسخ؛ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً"ا.هـ.

وبهذا يثبت حق الفسخ للمستأجر سواء كان حصول العيب قبل القبض أم بعده إذا كانت الإجارة إجارة عين، فإن وجد العيب في المستأجر في إجارة الذمة فلا فسخ بل يردها ويلزم المؤجِّر إبدالها.

انظر فيما سبق: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٣٥، ٣٦. البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ١١٤. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ١٠٦. مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٢٦. الباجي، المنتقى، ج٥، ص ١١٤. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٩. المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٧٨. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٩.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٨. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٥٤. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٢٩٨. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٣٦.

(٣) للشافعية تفصيل في مسألة ثبوت الخيار له بعد الرضا أو عدم ثبوته، ذلك أنه جاء في روضة الطالبين: "مهما ثبت الخيار لنقص فأجاز، ثم أراد الفسخ، فإن كان ذلك السبب بحيث لا يرجى زواله، بأن انقطع الماء، ولم يتوقع عوده، فليس له الفسخ؛ لأنه عيب واحد وقد رضي به وإن كان بحيث يرجى زواله، فله الفسخ مالم يزل؛ لأن الضرر يتجدد"ا.هـ.

النووي، ج٤، ص ٣٣٢.

(٤) فصّل المالكية في هذه المسألة، قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: "وحاصل فقه المسألة أن الهدم في الدار المكتراة إما يسير، وهو ثلاثة أقسام:-

الأول: ما لا مضرة فيه ولا ينقص شيئاً من الكراء كالشرفات فهو كالعدم يلزمه السكنى من غير حط. =

لأنه رضي بالعين ناقصة فأشبه ما لو رضي بالمبيع معيباً[١].

وإن أصلح المستأجر ما تلف بدون إذن المؤجِّر كان متبرعاً؛ لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره، ولا ولاية له عليه، ولم تكن النفقة واجبة على المالك فأشبه ما لو عمَّر داراً له أخرى[٢].

وقد نصت المجلة على الأحكام السابقة حيث قالت: "أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر، مثلاً تطهير الرحى[٣] على صاحبها، وكذلك تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه، وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى، وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار، وإن امتنع صاحبها عن إعمال هؤلاء فللمستأجر أن يخرج منها، إلا أن تكون حين استئجاره إياها كانت على هذه الحال وكان قد رآها فإنه حينئذ يكون قد رضي بالعيب فليس له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد. وإن عمل المستأجر هذه الأشياء منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر"[٤]ا.هـ.

= الثاني: ما لا مضرة فيه لكن ينقص من الكراء كقلع البلاط وسقوط البياض، ويلزم السكنى ويحط بقدره.

الثالث: ماهو مضر كالهطل فيخير المكتري بين السكنى بجميع الكراء وبين الخروج.

وأما كثير، وهو ثلاثة أقسام أيضاً:

الأول: أن يعيب السكنى ولا يبطل شيئاً من منافع الدار كذهاب تحصينها فيخير المكتري.

الثاني: أن يبطل بعض المنافع كانهدام بيت من ذوات بيوت فيسكن ويحط عنه بقدره.

الثالث: أن يبطل منافع أكثر الدار فيخير". ا.هـ. ج٤، ص ٥٠، ٥١.

(١) انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ١٠٩. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٢٩٩. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٣٦.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٩.

(٣) الرحى: الطاحونة.

الفيومي، المصباح المنير، ص ٨٥، مادة "رحى".

(٤) على حيدر، ج١، ص ٥١٧، المادة ٥٢٩.

والأحكام السابقة تثبت إن كانت العين المؤجَّرة ملكاً للمؤجِّر، فإن كانت وقفاً فاحتاج المستأجر إصلاحه فأصلحه بغير إذن ناظره، فإنه يُعطى قيمة بنائه قائماً لقيامه عنه بما لابد له منه لوجوب إصلاح الوقف على الناظر لحق الله تعالى، لا لأجل المستأجر[١].

فإن كانت الأضرار الحاصلة في العين يسيرة، ولا تحتاج إلى مبالغ باهظة، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز إجبار المؤجِّر على القيام بأعمال الإصلاح والترميم لمثل هذه الأضرار اليسيرة.

وهذا هو قول سحنون[٢] وابن حبيب[٣] من المالكية حيث قالوا: "إن المؤجِّر يجبر على الإصلاح، قال ابن عبد السلام[٤]: وبه العمل، والخلاف ليس عاماً بل خاص

---

(١) انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ١١٠. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٥٤. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٢٩٩.

(٢) عبد السلام أبوسعيد: سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي. سمع من ابن القاسم، وابن وهب، وأشهب. اجتمعت فيه خلال قلما اجتمعت في غيره: الفقه البارع، والورع الصادق، والصرامة في الحق، والزهادة في الدنيا. قال عنه أشهب: ما قدم إلينا من المغرب مثله. صنّف المدونة. ومات سنة أربعين ومائتين.
انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٢٦٣. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص ٦٩. الزركلي، الأعلام، ج٤، ص ٥.

(٣) عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي، يكنى أبا مروان. سمع من ابن الماجشون، وعبد الله بن المبارك، وأصبغ بن الفرج. سمع منه بقي بن مخلد وابن وضاح. كان حافظاً للفقه على مذهب الإمام مالك، إلا أنه لم يكن له علم بالحديث من كتبه "الواضحة" في السنن والفقه، و"الجامع" و"فضائل الصحابة" "وتفسير الموطأ". مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين.
انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٢٥٢. الآتابكي، النجوم الزاهرة، ج٢، ص ٢٩٣.

(٤) محمد بن عبدالسلام بن يوسف بن كثير. قاضي الجماعة بتونس، ولد سنة ست وسبعين وستمائة. كان إماماً عالماً حافظاً متفنناً في علمي الأصول، والعربية، وعلم الكلام، وعلم البيان، عالماً بالحديث، له أهلية الترجيح بين الأقوال، لم يكن في بلده في وقته مثله. سمع من أبي العباس=

بالمضر اليسير كالهطل[١]، واما إن كان كثيراً فلا يلزمه الإصلاح إجماعاً"[٢].

كما قال بهذا القول الإمام عبد الملك[٣] والغزالي[٤] والسرخسي[٥] من فقهاء

= البطرني. وتخرج على يديه جماعة من الأعلام كأبي عبدالله بن عرفة الورغمي ونظرائه. شرح مختصر ابن الحاجب. توفي سنة تسع وأربعين وسبعمائة.

انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٤١٨. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص ٢١٠.

(١) الهطل: تتابع المطر.

انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص ٦٩٦، مادة "هطل". ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ١٠٧٢ مادة "هطل".

(٢) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٥٤. بتصرف يسير. القرافي، الذخيرة، ج٥، ص ٤٩٤.

(٣) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد، العلامة إمام الحرمين، ضياء الدين، أبو المعالي بن الشيخ أبي محمد الجويني. ولد سنة تسع عشرة وأربعمائة، وتفقه على والده، بعد وفاة والده أقعد مكانه للتدريس. توفي سنة ثمان وسبعين وأربعمائة. ومن تصانيفه "النهاية" و البرهان في أصول الفقه، وكتاب "الإرشاد" في أصول الفقه، و"غنية المسترشدين" في الخلاف.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ١٣٦. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٥٥. الآتاباكي، النجوم الزاهرة، ج٥، ص ١٢١.

(٤) محمد بن محمد بن محمد، الإمام حجة الإسلام زين الدين، أبوحامد الطوسي الغزالي. ولد سنة خمسين وأربعمائة، أخذ عن الإمام ولازمه حتى صار انظر أهل زمانه. برع في علوم كثيرة. وله مصنفات منتشرة في فنون متعددة. كان من أذكياء العالم في كل ما يتكلم به. من أشهر مصنفاته كتاب "أحياء علوم الدين" و "الوجيز" و"المقصد الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى". توفي سنة خمس وخمسمائة.

انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ١٨٥. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ١٩٣. الآتاباكي، النجوم الزاهرة، ج٥، ص ٢٠٣.

(٥) عمر بن محمد بن محمد بن علي، أبو حفص السرخسي. إمام فقيه، مناظر، مقرئ، لغوي، شاعر، أديب على سنن السلف. ولد سنة تسع وأربعين وأربعمائة، تفقه على أبي حامد الشجاعي ثم على أبي المظفر السمعاني. صنف في الخلاف تصانيف مشهورة كالاعتصام والاعتصار وغيرها. توفي سنة تسع وعشرين وخمسمائة.

انظر ترجمته: ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٣٠٨.

الشافعية، حيث قالوا: "إن المؤجِّر يجبر على مرمة[١] لا تحتاج إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل، وإصلاح متكسر وغلق تعسر فتحه"[٢].

وحكي هذا القول عن الحنابلة، وقال عنه في الإنصاف: "وهو الصواب"[٣].

قلت: ولعل علة من قال بجواز إجبار المؤجِّر على ترميم التالف وإصلاحه إذا كان يسيراً ولا يحتاج إلى عين جديدة، ومبالغ باهظة؛ أن المستأجر وإن ثبت له حق الفسخ فإنه في الغالب لن يختاره، لأن الفسخ قد يكلفه أضعاف ما سينفقه لو أصلح التلف الحاصل في العين، وبالتالي فإنه سيرضى بالعين وهي معيبة، وقد يقوم بالإصلاح مضطراً فكان رضاه مشوباً بالغبن.

ولما كان الأمر كذلك أثبتوا له حق إجبار المؤجِّر على إصلاح التلف اليسير، حتى لا يستغل المالك حاجة المستأجر للعين ويضطره إلى اصلاحها وهي ليست ملكاً له، وبهذا فإن القول بأن إجبار المؤجِّر على إصلاح التلف اليسير المضر بالمنفعة دون الكثير فيه مراعاة لمصلحة طرفي العقد، وهو الأقرب للصواب. والله أعلم.

وأما ما حصل بفعل المكتري كامتلاء بالوعة الدار والكنيف[٤]، والتراب الذي من كنسه فقد اختلف الفقهاء فيمن يلزمه تفريغه وتنظيفه، فقال الحنفية: "وإصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار، ولا يجبر على ذلك وإن كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا. وقالوا في المستأجِر إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها، وإن امتلأ خلاها[٥] ومجراها

---

(١) رمم: الراء والميم بمعنى لَمُّ الشئ وإصلاحه، يقال رممت الحائط أصلحته.
انظر: ابن فارس، المقاييس في اللغة ص ٣٩٧، مادة "رمّ". الفيومي، المصباح المنير، ص ٩١، مادة "رمم".

(٢) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٣.

(٣) انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٦٧.

(٤) الكنيف: الساتر، ويسمى الترس كنيفاً؛ لأنه يستر صاحبه، وقيل للمرحاض كنيف؛ لأنه يستر قاضي الحاجة.
الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٠٧، مادة "كنف".

(٥) الخلاء: بالمد المُتَوَضَّأ.
الرازي، مختار الصحاح، ص ١٨٨، مادة "خلا".

من فعله فالقياس أن يكون عليه نقله؛ لأنه حدث بفعله فيلزمه نقلـه كالكناسـة والرمـاد إلا أنهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة، إذ العادة بـين الناس أن ماكان مغيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة"(١).

أما المالكية فإن قولهم قريب من قول الحنفية حيث أرجعوا ما على المكتري فعلـه إلى العرف، حيث قالوا: "إن كنس المرحاض أصالة على رب المنزل، ونحوه في المدونة في محل. وفي محل آخر ما ظاهره أنه على المستأجر، وجمع بينهما بأن الأول في الموجود قبـل الكـراء، والثـاني في الحـادث بعـده، وبأن الأول في الفنـادق والحمامـات، والثـاني في غيرهما. وهذا ما لم يجر عرف بشئ وإلا اتبع"(٢).

أما الشافعية والحنابلة فإنهم يقولون إن ماحصل من امتـلاء بالوعـة وكنيـف مـن فعل المستأجر فعليه تفريغه، قال ابن قدامة: "وأما تنقية البالوعة والكنف فإن احتيـج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكري؛ لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بفعـل المكتري فعليه تفريغها؛ ... لأن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لـو طرح قماشاً، والقول في تفريغ جية(٣) الحمام التي هي مصـرف الماء كـالقول في بالوعـة الـدار، وإن انقضـت الإجـارة وفي الـدار زبـل(٤) أو قمامـة مـن فعـــل السـاكن فعليـه نقله"(٥)ا.هـ.

وهكـذا نجـد أن الفقهـاء متفقـون مـن حيـث الجملـة علـى أن أعمـال الصيانـة الأساسية للعين التي يتوقف عليها أداء العين للمنفعة المقصودة من عقد الإجارة علـــى

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٨.

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٤٨.

(٣) الجئة: مجتمع الماء حوالي الحصن وغيره، ويقال هي جِيَّة بالكسر والتثقيل.
ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، ص ٢٣١، مادة "جيأ".

(٤) الزِّبْل: من الساقط الذي لا يُعتَدّ به.
ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، ص ٤٦٨، مادة "زبل".

(٥) المغني، ج٦، ص ٣٧. وانظر مثله: الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٢٩٩، ٣٠٠.

المالك، ولا يجبر عليها[١] وذلك كتطيين سطح الدار: أي اصلاحه لمنع تسرب مياه المطر إلى داخل الدار، فإنه على المؤجِّر؛ لأن عدمه مخل بالسكنى بخلاف تكليس[٢] جدرانها، كذلك تعمير الدار المأجورة، وطرق الماء وإصلاح مجاريه، ووضع الزجاج للنوافذ وغيرها، وإصلاح الدرج، وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها على الآجر[٣]. وفي السيارات مثلاً إصلاح العجلات ومكينة السيارة ومذياعها على المكري. "وأما الصيانة العادية والدورية فهي على المستأجر؛ لأنها منضبطة والغالب أنها من استعماله"[٤]. كحمل القمامة، وكنس المراحيض، وتنقية البالوعة، وغيرها من الأمور التي تختلف باختلاف الأزمان والأعراف والعادات. وفي السيارات تغيير الزيت وتعبئتها بالوقود "وهكذا فإن الأصل هو أن يكون المؤجِّر مسئولاً عن إصلاح ملكه مما يعود له في الأصل، وأن على المستأجر تبعة ما يفعله أو يحدث منه في المأجور"[٥].

وهكذا يتبين لنا من خلال النصوص السابقة التزامات كل من المؤجر والمستأجر على المأجور.

وهنا يثور تساؤل وهو، مدى صحة اشتراط المؤجر على المستأجر صيانة العين المؤجرة : فنقول :

اتفق فقهاء الحنفية[٦] والمالكية[٧] والشافعية[٨] والحنابلة[٩] " على أنه لايجوز أن

---

(١) انظر: فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، ص ١٢٨ "بتصرف يسير".

(٢) كلّس البناء – كلْساً " طلاه بالكِلْس . كَلِسَ – كَلَساً : كان لونهُ أغبرَ إلى سواد فهو أكلسُ. والكَلّاسُ: بائع الكِلْس وصانعه. ومَن يطلي به البناء .
انظر : إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج٢ ص ٧٩٥، مادة " كَلَسَ ".

(٣) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥١٧، ٥١٨، المادة ٥٢٩.

(٤) فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، ص ١٢٨.

(٥) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مسائل في الفقه، العدد الحادي والعشرون، ص ٢٤٦.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ١٠٩.

(٧) الدردير، الشرح الكبير، ج٤ ، ص٤٧، المواق، التاج والإكليل، ج٥ ، ص ٤٤٢.

(٨) الشبراملسي، حاشية أبي الضياء، ج٥ ، ص ٢٦٦ .

(٩) ابن قدامة، المغني، ج٦ ، ص ٣٨ .

يشترط المؤجر على المستأجر أن يقوم بصيانة العين المؤجرة، وعللوا ذلك بأن مايدفعه المستأجر في الصيانة يكون أجرة مضافة إلى الأجرة المتفق عليها، أي لأن مالية العين تزداد بها لحظ المالك، ولأن ذلك تكليف للمستأجر بمبلغ إضافي في مقابل انتفاعه بالعين المستأجرة. وهذه الأجرة المضافة مجهولة المقدار، وهذا يؤدي إلى جهالة قدر الأجرة، فيفضي إلى فساد الشرط وبالتالي إلى فساد عقد الإجارة"[١].

جاء في المبسوط : "وعمارة الحمام في صاروجه وحوضه ومسيل مائه وإصلاح قدره على رب الحمام؛ لأن المنفعة المقصودة بالحمام لاتتم إلا بهذه الأشياء وعلى المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأن المرجع في هذا إلى العرف وفي العرف صاحب الحمام هو الذي يحصِّل هذه الأعمال. فإن اشترط المرمة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن المرمة على الآجر شرط مخالف لمقتضى العقد، ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجرة وهو مجهول المقدار والجنس والصفة، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة"[٢]أ.هـ.

وجاء في الشرح الكبير : " أو وقع العقد على أن ماتحتاج إليه الدار من المرمة والتطيين من عند المكتري فلايجوز للجهالة"[٣]ا.هـ.

وكذا جاء في نهاية المحتاج : "فلاتصح إجارة الدار بالعمارة لها ولاالدابة بصرف أو بفعل العلف لها ... للجهل بهما"[٤]ا.هـ.

وجاء في كشاف القناع : "أو شرط المؤجر على المكتري النفقة الواجبة على المأجور لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة، أو جعلها أي النفقة على المأجور أجرة لم يصح؛ لأنها مجهولة"[٥]ا.هـ.

---

(١) محمد سليمان الأشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج١ ، ص ٣١٥ .

(٢) المبسوط، ج ١٥، ص ١٥٧ .

(٣) الدردير، ج ٤ ، ص ٤٧ .

(٤) انظر : الرملي ، ج٥ ، ص ٢٦٦ .

(٥) البهوتي، ج ٤ ، ص ٢١ .

ولكن هنا أمر لابد من توضيحه في هذه المسألة وهو أن " هذا الذي ذهب إليه الفقهاء من منع اشتراط الصيانة على المستأجر وإفساد العقد بذلك إن حصل، يريدون به إصلاح مايجدُّ من الخلل بعد العقد، كأن يقول: كل مايقع في العين من هدم أو عيب أو أمر يحتاج إلى إصلاح فيلزمك فعله. ولما كان ذلك أمراً مستقبلاً غير معلوم هل يقع أم لا؟ وإن وقع فلايعلم كم مقداره، فذلك الاشتراط يؤدي إلى إلزام المستأجر بتكاليف مالية غير معلومة المقدار، تنفق على العين المؤجرة وتزداد به ماليتها، لمصلحة المالك فهو من قبيل الأجرة، يضاف إلى الأجرة المتفق عليها، وهو مجهول، فيؤدي إلى الفساد.

وواضح من هذا أنه إن كان قدر الصيانة معلوماً جاز هذا الاشتراط، لأنهم جميعا قد عللوا بالجهالة، فإن لم تكن جهالة لم يثبت الحكم؛ لأن الحكم دائر مع علته وجوداً وعدماً"[1].

وقد صرح بالجواز في حالة العلم الحنفية والمالكية والشافعية.

جاء في المبسوط : " ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الأجرة وأذن له أن ينفقها عليه فهو جائز؛ لأنه معلوم المقدار وقد جعله نائباً عن نفسه في إنفاقه على ملكه[2]"ا.هـ.

كما جاء في الفتاوى الهندية : "وإن أراد الحيلة في ذلك فالحيلة أن ينظر إلى قدر مايحتاج إليه من المرمة ويضم ذلك إلى الأجرة ثم يأمر صاحبُ الحمامِ المستأجرَ بصرف ماضم إلى الأجرة للمرمة إلى المرمة، حتى إنه إذا كان الأجر عشرة والقدر المحتاج إليه للمرمة أيضاً عشرة فصاحب الحمام يؤاجر الحمام منه بعشرين ويأمره بصرف العشرة إلى المرمة فيصير وكيلاً من جهة صاحب الحمام بالإنفاق عليه من ماله وإنه معلوم فيجوز"[3]ا.هـ.

---

(١) محمد سليمان الأشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة، ج١، ص٣١٦، ٣١٧.

(٢) السرخسي، ج ١٥، ص ١٥٧ .

(٣) النظام، ج٦ ، ص ٤١٣.

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : "اعلم أنهما إن كان مجهولين فلايجوز اشتراطهما على المكتري إلا من الكراء لامن عند نفسه، كأن يقول كلما احتاجت لمرمة أو تطيين فرمها أو طينها من الكراء، وأما إن كانا معلومين كأن يعين للمكتري مايرمه أو يشترط عليه التطيين مرتين أو ثلاثة في السنة فيجوز مطلقاً سواء كان من عند المكتري أو من الكراء بعد وجوبه أو قبله"(١)ا.هـ.

وهكذا نجد أن اشتراط المؤجر على المستأجر مبلغاً معيناً يكون تأميناً لصيانة العين المؤجرة حيث لزم المستأجر شرط صحيح، وأن الذي لايصح في هذه المسألة هو اشتراط الضمان مطلقاً أو اشتراط الصيانة والإصلاح المجهول المقدار(٢). والله تعالى أعلم .

---

(١) ج٤ ، ص٤٧، وانظر: الرملي، نهاية المحتاج، ج٥ ، ص٢٦٧.

(٢) ورد في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة سؤال قال فيه سائله : إنه استأجر شقة بأجر سنوي محدد وأثناء دفعه مبلغ الإيجار طلب منه المؤجر مبلغاً إضافياً باسم " صيانة العقار " ... والسائل يسأل عما إذا كان من الجائز للمؤجر أن يفرض هذا المبلغ عليه وعلى أمثاله؟ وقد تولى الإجابة على هذا السؤال الدكتور/عبدالرحمن بن حسن النفيسة بجواب طويل مفاده أنه لايجوز فرض هذا المبلغ الإضافي على المستأجر؛ لأنه يقوم على افتراض قد يقع وقد لايقع واستحلال المؤجر لهذا المبلغ يعتبر من أكل المال بالباطل المحرم شرعاً وعلى المؤجر أن ينتظر انتهاء مدة عقده مع المستأجر ليرى وضع العقار فإن كان قد حدث فيه خطأ أو خلل من المستأجر مما يلزمه بفعل انتفاعه فيلزمه إصلاحه وإلا فلا.

والعلة في عدم جواز أخذ مبلغ الصيانة ان اشتراط المكري الإنفاق على العين النفقة الواجبة عليه كعمارة الحمام شرط فاسد؛ لأن العين ملك له فنفقتها عليه. ذلك أن الأصل أن يكون المؤجر مسؤولاً عن إصلاح ملكه مما يعود له في الأصل، وأن على المستأجر تبعة مايفعله أو يحدث منه في المأجور. وإذا شرط المؤجر على المستأجر شرطاً ليس من واجبه فالشرط فاسد.

انظر:مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مسائل في الفقه،العددالحادي والعشرون، ص٢٤٦،٢٤٧.

وفي الحقيقة أن كلام الدكتور عبدالرحمن النفيسة فيه نظر، ذلك أن هذا المبلغ الذي يؤخذ من المستأجر بمثابة التأمين وليس مبلغاً إضافياً على الأجرة، حتى ولو كان مبلغاً إضافياً واتفق عليه الطرفان ورضيا بذلك عند العقد فإنه يكون من الأجرة ولابأس به، وهذا مانص عليه الفقهاء.

فضلاً عن أن المؤجر يأخذ هذا المبلغ ليرمم منه مايحصل بفعل المستأجر، فإن لم يحتج المؤجر إليه فإنه يرده إلى المستأجر بعد انتهاء مدة الإجارة. خاصة وقد خف الوازع الديني بين الناس حيث إن المستأجر قد يتلف شيئاً من العين المؤجرة ثم يختفي عن عين المالك. فلامانع من أخذ هذا المبلغ من باب الاستيثاق، وهذا المبدأ معمول به عند الفقهاء بدليل أن فقهاء المالكية يقولون بتضمين الأجير المشترك مع أنه أمين، للتهمة. والله تعالى أعلم .

الفصل الثاني: - تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على المسائل الفقهية

وفيه مبحثان

المبحث الأول: - ضمان وسائل النقل، ووسائل العمل.

المبحث الثاني: - ضمان العقارات الثابتة

المبحث الأول: ضمان وسائل النقل، ووسائل العمل

وفيه مقدمة عن حكم تأجير وسائل النقل والعمل، ومطلبان:

المطلب الأول: - ضمان وسائل النقل.

المطلب الثاني: - ضمان وسائل العمل.

مقدمة : - حكم إجارة وسائل النقل، والعمل:-

تحدث الفقهاء السابقون عن وسائل النقل، ووسائل العمل، وجواز إجارتها من خلال حديثهم عن إجارة الدواب والسفن، والوسائل المستخدمة لغرض حراثة الأرض أو تكسير الصخور كالفؤوس.

ولقد كان كلام الفقهاء مقتصراً على هذه الوسائل، ولم تستوعب كتبهم الوسائل التي ابتكرها الإنسان واخترعها في الوقت الحاضر.

فمع تطور العلم وجدت وسائل حديثة استخدمها الإنسان لتنقلاته وأعماله كالسيارات، والقطارات، والطائرات، وآلات بناء المساكن، وحفر الآبار وتعبيد الطرق، وزراعة الأراضي، وطبع الكتب، وغيرها من المخترعات التي ابتدعها الإنسان وتفنن في استعمالها.

وهذا مصداق لقوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَالاَ تَعْلَمُونَ﴾[١] فقوله تعالى: ﴿وَيَخْلُقُ مَا لاَ تَعْلَمُونَ﴾ أي "مما يكون بعد نزول القرآن من الأشياء التي يركبها الخلق في البر، والبحر، والجو، ويستعملونها في منافعهم ومصالحهم. فإنه لم يذكرها بأعيانها؛ لأن الله تعالى لم يذكر في كتابه إلا ما يعرفه العباد،

---

(١) سورة النحل، آية ٨.

أو يعرفون نظيره. وأما ماليس له نظير في زمانهم فإنه لو ذُكر لم يعرفوه، ولم يفهموا المراد به. فيذكر أصلاً جامعاً يدخل فيه ما يعلمون ومالا يعلمون"(١).

وقد أجمع الفقهاء على جواز استئجار الدواب والسفن سواء كانت لغرض الحمل أم الركوب، أم العمل كحراثة الأرض، وإدارة الدواليب(٢)، أو الاصطياد(٣).

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على إجارة المنازل والدواب. إذا بينا الوقت والأجر، وكانا عالمين بالذي عقدا عليه الإجارة مبيناً من سكنى الدار وركوب الدابة وما يحمل عليها"(٤) ا.هـ.

ومستند هذا الإجماع الكتاب والسنة.

ففي كتاب الله تعالى آيات كثيرة تدل على جواز الانتفاع بالدواب للحمل والركوب والعمل وإجارتها لتلك الأغراض.

قال تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُواْ بَالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِّ ٱلْأَنفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ، وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَالاَ تَعْلَمُونَ﴾(٥).

وقال تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشاً﴾(٦).

---

(١) عبد الرحمن بن سعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ج٤، ص ١٨٦.

(٢) جمع دولاب وهو على شكل الناعورة يستقى بها الماء، والناعورة يستقى بها ويديرها الماء. فهي الألة التي تديرها الدابة ليستقى بها.
انظر: الجوهري، الصحاح، ج١ ص١٢٥، مادة " دلب "، ج٢ ، ص٨٣٢، مادة " نعر". إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١ ، ص ٣٠٥، مادة " الدولاب".

(٣) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ٨٣. الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٤٥. الكناني، العقد المنظم للحكام، ج٢، ص ٢. المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٤٣٦. الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٦. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣١ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٢ - ١١٤. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٦٢ وما بعدها.

(٤) ابن المنذر، الإجماع، ص ١٧٢.

(٥) سورة النحل، آية ٧، ٨.

(٦) سورة الأنعام، آية ١٤٢.

قال القرطبي[١]:"قال العلماء: ملكنا الله تعالى الأنعام والدواب وذللها لنا وأباح لنا تسخيرها والانتفاع بها رحمة منه تعالى لنا، وما ملكه الإنسان وجاز له تسخيره من الحيوان فكراؤه له جائز بإجماع أهل العلم لا اختلاف بينهم في ذلك"[٢]ا.هـ.

إذ أنه لا فرق في ذلك بين المملوكة والمكتراة[٣].

كما دلت السنة النبوية على جواز كراء الدواب واستخدامها للحمل والركوب والعمل فعن أبي أمامة[٤] التيمي قَالَ: قُلْتُ لابن عمر[٥] رضي الله عنهما إِنَّا نكرى: فهل لنا من حج؟ قال: أَلَيْسَ تَطُوفُون بِالْبَيْتِ،

---

(١) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح. الشيخ الإمام أبوعبد الله الأنصاري الأندلسي القرطبي المفسر. كان معروفاً بالعلم والتصنيف، جمع في تفسير القرآن كتاباً كبيراً في اثني عشر مجلداً سماه كتاب "جامع أحكام القرآن والمبين لما تضمن من السنة وآي القرآن" وهو من أجل التفاسير وأعظمها نفعاً. وله شرح الأسماء الحسنى سماه: "الكتاب الأسنى" في أسماء الله الحسنى، وكتاب "التذكار في أفضل الأذكار". سمع من الشيخ أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، وحدث عن أبي علي: الحسن بن محمد البكري. توفي في شوال سنة إحدى وسبعين وستمائة.
انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٤٠٦. محمد مخلوف، شجرة النور ، ج١، ص ١٩٧.

(٢) الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص ٧٤. ابن رشد، المقدمات "المطبوع مع المدونة"، ج٥، ص ٤٨٨.

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٠٢.

(٤) أبو أمامة، ويقال أبو أميمة التيمي الكوفي. روى عن ابن عمر في التجارة، والكرخي في الحج وروى عنه العلاء بن المسيب، والحسن بن عمرو الفقيمي، وشعبة. قال إسحاق بن منصور عن ابن معين: " ثقة لايعرف اسمه"، وقال أبوزرعة: "لابأس به".
ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١٢، ص ١٧.

(٥) عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي. يُكنى أبا عبد الرحمن، أمه زينب بنت مظعون. أسلم بمكة مع أبيه ولم يكن بالغاً حينئذ، وهاجر مع أبيه إلى المدينة، وعُرض على =

وتأتون المعرَّف(١)، وتَرْمُون الجِمَارَ، وتَحلقُون رءوسكم؟ قال: قلنا: بلى، فقال ابن عمر: جاء رَجُلٌ إلى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فَسَأَلَهُ عَنْ الذي سَأَلْتَنِي فلم يُجِبْهُ حَتَّى نَزَلَ عليه جبريلُ عليه السلام بهذه الآية ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاح أَن تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِن رَّبِّكُمْ﴾(٢) فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنتم حجاج"(٣).

فالحديث دليل على جواز كراء الدواب لغرض الركوب والحمل.

وقد قال عليه الصلاة والسلام: "إِذَا سَافَرْتُمْ فِي الْخِصْبِ(٤) فَأَعْطُوا الإِبِلَ حَظَّهَا مِنَ الأَرْضِ، وَإِذَا سَافَرْتُمْ في السَّنَةِ(٥) فَأَسْرِعُوا عَلَيْهَا السَّيْرَ، وَإِذَا عَرَّسْتُمْ(٦) بِاللَّيْل

= رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر فردّه، ويوم أحد فردّه لصغر سنه، وعُرض عليه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه. قال عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نعم الرجل عبدالله لو كان يصلي من الليل" قال سالم: "فكان عبد الله لاينام من الليل إلا قليلاً". وقال سعيد ابن المسيب: "لو كنت شاهداً لرجل من أهل العلم أنه من أهل الجنة لشهدت لعبد الله بن عمر". مات عليه رضوان الله سنة أربع وسبعين، وهو ابن أربع وثمانين سنة.

انظر ترجمته:ابن الجوزي، صفة الصفوة، ج١، ص٢٤٧. ابن حجر، الإصابة، ج٤، ص ١٥٥.

(١) المُعَرَّف: يريد به بعد الوقوف بعرفة. فالمعرف هو الموقف.

ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج٣، ص ٢١٨. الرازي، مختار الصحاح، ص ٤٢٧، مادة "عرف".

(٢) سورة البقرة، آية ١٩٨.

(٣) الساعاتي، "الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني المطبوع مع بلوغ الأماني"، ج١٨، ص ٨٤، كتاب فضائل القرآن، أبواب التفسير وأسباب النزول، باب "ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم". واللفظ له. أبوداود، سنن أبي داود، ج٢، ص ١٤٦، كتاب المناسك، باب الكَرِيِّ، رقم الحديث (١٧٣٣). والحديث سنده جيد. انظر : أحمد البنا، بلوغ الأماني، ج١٨، ص ٨٥.

(٤) الخصب: ضد الجدب.

الرازي، مختار الصحاح، ص ١٧٦، مادة "خصب".

(٥) السنة: أي الجدب، يقال أخذتهم السنة إذا أجدبوا وأقحطوا.

ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج٢، ص ٤١٣.

(٦) عرّستم: التعريس: نزول المسافر آخر الليل نزلة للنوم والاستراحة.

ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج٣، ص ٢٠٦.

فاجتنِبُوا الطَّرِيقَ فَإِنَّهَا مَأْوَى الهَوَامِّ[١] باللَّيْلِ"[٢].

قال القرطبي: "أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالرفق بالدواب والإراحة لها ومراعاة التفقد لعلفها وسقيها"[٣].

قلت: وهذا يدل على جواز استخدام الدواب للحمل والركوب وإجارتها لهذا الغرض.

كما دلت السنة النبوية على جواز استعمال البهائم للعمل.

فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول: "بَينما راع في غنمه عدا عليه الذِّئبُ فأَخذَ شاةً فطلبَهُ الراعي، فالتفت إليهِ الذِّئبُ فقال: "مَن لها يومَ السبُع، يومَ ليس لها راعٍ غيري"، وبينما رجل يسوقُ بقرةً قد حمَلَ عليها، فالتفتَتْ إليه فكلمَتْه فقالت: "إني لم أُخلقْ لهذا، ولكنّي خُلِقتُ للحرْثِ... الحديث"[٤].

كما دل العقل على جواز اقتناء الدواب لأغراض التنقل والسفر، وحمل الأثقال والحرث، وإجارتها لذلك حيث إن الله تعالى قد فرض على عباده الحج، وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق. وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها، فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز

---

(١) وهي الحشرات ودواب الأرض من ذوات السموم والسباع، والتي تمشي في الليل على الطرق لسهولتها، ولالتقاط ما يسقط من مأكول ونحوه.
انظر: النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٣، ص ٦٩.

(٢) مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٣، ص ٦٨، ٦٩، كتاب الأمارة، باب مراعاة مصلحة الدواب في السير.

(٣) الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص ٧٣.

(٤) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٧، ص ٣٦٧، كتاب فضائل الصحابة (٦٢)، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لو كنت متخذاً خليلاً" (٥)، رقم الحديث (٣٦٦٣).

دفعاً للحاجة[١].

كما وأن منفعة الدواب معلومة معهودة فجاز استئجارها لمنافعها المعهودة[٢].

وهكذا نجد أن الفقهاء اقتصروا في حديثهم عن وسائل النقل أو العمل على ماكان معروفاً عندهم من دواب وسفن وبعض الآلات البسيطة، إلا أن الإنسان بما أودعه الله من قدرات استطاع بفضل الله تعالى أن يستحدث وسائل متعددة للنقل والعمل. وهي تأخذ حكم الوسائل القديمة من حيث الجواز؛ لأنها وجدت لمصلحة الإنسان. ولّما جاز استعمالها فيما أباحه الله، جاز كراؤها وأخذ الأجرة عليها.

وهي تأخذ أحكام الوسائل القديمة من حيث الضمان، مع مراعاة الفوارق بين طبيعة كل وسيلة، والاتفاق على مبدأ الضمان من حيث إنه يجب بالتعدي أو التفريط، أو مخالفة الشرط أو العادة المعتبرين في الشرع.

بل إن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد نصُّوا على أن ماذكروه من أحكام في الضمان ينطبق على ما سواه من الوسائل التي لم يرد لها ذكر في كتبهم لعدم وجودها في أزمانهم وفي هذا يقول ابن قدامة: "وسائر مسائل العدوان في الإجارة يقاس على ماذكرنا من المسائل. ما كان متميزاً، وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها والله أعلم"[٣].

وعلى هذا الأساس نستطيع بمشيئة الله تعالى أن نخرّج أحكام الوسائل المستجدة من خلال أقوال الفقهاء في الوسائل المماثلة لها.

لذلك فإنني في هذا المبحث سأذكر أقوال الفقهاء في ضمان وسائل النقل

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٠٢.

(٢) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ٨٣.

(٣) المغني، ج٦، ص ٩٤.

والعمل التي كانت موجودة في أزمانهم، وسأشير إلى بعض الوسائل الحديثة التي استعملها الإنسان في هذا العصر لأغراض التنقل والعمل مستعينةً بالله أولاً، ثم بكلام أهل الخبرة في الوسيلة التي سأتعرض لها لمعرفة ضابط التعدي والتفريط عندهم. وبالتالي القول بضمان مستأجرها أو عدم ضمانه.

وسيكون الحديث في هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: ضمان وسائل النقل

وهو يحتوي على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للركوب.

القسم الثاني: مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للحمل.

القسم الثالث: مسائل مشتركة في ضمان دواب الركوب والحمل

أما المطلب الثاني فهو:- ضمان وسائل العمل.

المطلب الأول:- ضمان وسائل النقل

ويحتوي على ثلاثة أقسام:

القسم الأول:- مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للركوب.

القسم الثاني:- مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للحمل.

القسم الثالث:- مسائل مشتركة في ضمان دواب الركوب والحمل.

القسم الأول:- مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للركوب.

تمهيد:-

حتى نتعرف على حكم الدواب المستأجرة للركوب فلابد من أن نبين أقوال الفقهاء في حكم تعيين راكب الدابة.

فنقول: إن الفقهاء في هذه المسألة اختلفوا على قولين:-

الأول :- وهو للحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣]، حيث قالوا بوجوب تعيين راكب الدابة. وعللوا ذلك بأن الركوب مما يتفاوت الناس فيه تفاوتاً عظيماً[٤]، من حيث العلم به فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله، ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه. فيعتبر التعيين في هذه الحالة مفيداً فيعمل به[٥].

إلا أن الحنفية ذكروا حالات استئجار الدابة للركوب فقالوا: إن استئجار الدابة للركوب على أربع حالات:-

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٥. على حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٩ وما بعدها، المادة ٥٤٩، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣.

(٢) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٦. المزني، مختصر المزني "المطبوع مع الأم"، ج٨، ص ٢٢٦. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٠٦. ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص ٤٢٢. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٩.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٠٣.

(٥) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٠، المادة ٥٥١.

الأولى:- أن يستأجر دابة بدون بيان كونها لأي شيء استؤجرت، ففي هذه الحالة يفسد العقد؛ لأن الركوب مما يختلف اختلافاً فاحشاً فيكون المعقود عليه مجهولاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة، فالقياس(١) أن على المكتري أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز. وفي الاستحسان(٢) يجب المسمى وينقلب جائزاً؛ لأن الفساد كان للجهالة، وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء؛ لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هاهنا، فيزول الفساد لأنّا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء(٣).

الحالة الثانية :- أن يستأجرها للركوب مطلقاً، فالإجارة في هذه الحالة تفسد؛ لأن الركوب يختلف اختلافاً فاحشاً، فتأخذ حكم الحالة الأولى(٤).

الحالة الثالثة:- أن يستأجرها ويجعل الخيار لنفسه في إركابها من شاء على وجه التعميم، فيصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أم غيره؛ لأنه تعين مراداً من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداءً(٥).

---

(١) القياس: - "رد فرع إلى أصل بعلة جامعة".
ابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج٤، ص ٦.

(٢) الاستحسان:- اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الاستحسان فقيل هو :" العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه" وقيل هو: "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة".
علاءالدين البخاري،كشف الأسرار،ج٤،ص٧.ابن النجار،شرح الكوكب المنير، ج٤،ص٤٣١.

(٣) انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٩، ٥٤٣، المادة ٥٤٩، ٥٥٣. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٥.

(٤) انظر: المرجعين السابقين. قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٨٣، ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣٠٧، ٣٠٨.

(٥) انظر: المراجع في هامش (٣) و (٤).
وقد ذكرالحنفية وجه الفرق بين هذه الصورة والصورتين السابقتين لها، وعلة فسادالإجارة في =

الحالة الرابعة:- أن يستأجرها لركوب فلان، ففي هذه الحالة ليس له أن يتعداه؛ لأنه تعيين مفيد فلا بد من اعتباره[١].

وهكذا نجد أن الحنفية يقولون بوجوب تعيين راكب الدابة، إلا أن التعيين عندهم قد يحصل ابتداء كما في الحالة الرابعة، أو تبعاً كما في الحالة الثالثة، وكذا الأولى والثانية في الاستحسان.

إلا أن الحنفية لم ينصوا على ما يحصل به التعيين من الرؤية أو الصفة، وعمموا القول بوجوب التعيين.

أما الشافعية والحنابلة فعلى الرغم من اتفاقهم على مبدأ التعيين، إلا أنهم اختلفوا في كيفية تحصيله.

فذهب الشافعية إلى اشتراط الرؤية دون الصفة[٢]. قال الماوردي[٣] في معرض

= تلك الصورتين وعدم فسادها في الصورة الثالثة: أنه في الأولى والثانية صار الركوبان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولاً فلا يصح. وفي الصورة الثالثة رضي المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب فصار المعقود عليه معلوماً. بمعنى أننا إنما منعنا من صحته في الصورتين الأولين لما لحق المالك الضرر الذي يحصل في بعض الركوب فإذا رضي به صار المعقود عليه معلوماً فجاز كما في الأرض إذا قال على أن يزرع فيها ماشاء.

انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣٠٧، ٣٠٨. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٥. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٩، المادة ٥٤٩.

(١) انظر: قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٨٣، ٨٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣٠٨.

(٢) انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١، ٤٠٢. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٣) على بن محمد بن حبيب، القاضي أبوالحسن الماوردي. أحد الأئمة، من وجوه الفقهاء الشافعين. وله تصانيف عدة في أصول الفقه وفروعه، وفي غير ذلك. تفقه على أبي القاسم الصيمري، وأبي حامد الإسفراييني. من تصانيفه: الحاوي، وكتاب الأحكام السلطانية، والإقناع، وأدب الدين والدنيا. توفي سنة خمسين وأربعمائة عن ست وثمانين سنة. =

حديثه عن شروط الدابة التي تكترى للركوب: "الشرط الثاني: تعيين الراكب بالمشاهدة دون الصفة. فإنّ وصف الراكب من غير تعيين، ولا مشاهدة لم يجز لاختلاف حال الراكب في بدنه وحركاته التي لا تضبط بالصفة"(١) ا.هـ.

وهو قول الشريف(٢) وأبي الخطاب(٣) من الحنابلة حيث قالوا إنه "لايجزئ فيه إلا الرؤية. فلا تكفي الصفة من غير رؤية"(٤).

أما الحنابلة فعلى الصحيح من المذهب أنه إن حصلت الصفة دون رؤية كان مجزئاً(٥).

القول الثاني: وهو للمالكية إذ يقولون بأنه لا يشترط تعيين الراكب؛ "لأن

= انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ٨٥. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٣٠.

(١) الحاوي، ج٩، ص ٢٣٣.

(٢) عبدالخالق بن عيسى بن أحمد بن محمد، الشريف أبوجعفر. ولد سنة إحدى عشر وأربعمائة. كان إمام الحنابلة في عصره بلا مدافعة. سمع أبا القاسم بن بشران، وأبا محمد الخلال، وتفقه على القاضي أبي يعلى. وتفقه عليه طائفة من أكابر المذهب، كالحلواني، والقاضي أبي الحسين. له تصانيف عدة منها: "رؤوس المسائل" و"شرح المذهب". توفي سنة سبعين وأربعمائة.
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ١٢٦. ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، ج١، ص ١٣.

(٣) محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني، أبوالخطاب البغدادي. ولد سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة. أحد أئمة مذهب الحنابلة وأعيانه. سمع الحديث من الجوهري، ودرس الفقه على القاضي أبي يعلي. صنف كتباً في المذهب منها: "الهداية في الفقه" والخلاف الكبير المسمى "الانتصار في المسائل الكبار" والخلاف الصغير المسمى بـ "رؤوس المسائل" و "التمهيد" في أصول الفقه. توفي سنة عشر وخمسمائة.
انظر ترجمته: ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، ج١، ص ٩٧.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٩. وانظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٠٦.

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

أجسام الناس متقاربة في العادة غير متفاوتة فلم يحتج إلى رؤيته"(١).

واستثنى المالكية من ذلك ما لو أتاه بفادح وهو الثقيل ذكراً كان أو انثى(٢)، ومثل الفادح "المريض" إن جزم بذلك أهل المعرفة، وكذا ينبغي أن يكون منه من يغلب عليه النوم، أو عادته عقر الدواب بركوبه. وحيث لم يلزمه الفادح فإنه يأتيه بالوسط من الناس"(٣).

وهكذا نجد أن المالكية يقولون بعدم وجوب تعيين راكب الدابة؛ لأن أجسام الناس متقاربة في العادة، غير متفاوتة في الركوب إلا تفاوتاً يسيراً، والغبن والغرر اليسيران لا يؤثران.

وقد ناقش الجمهور قول المالكية بما يلي: "أن الركوب يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يُحمل معه. وقولهم: إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير، والطويل والقصير، والسمين والهزيل، والذكر والأنثى، ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً"(٤).

الترجيح:

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة وما استدل به كل فريق يترجح لي – والعلم عند الله – قول الجمهور والذي يقضي بوجوب تعيين راكب الدابة إما برؤية أو صفة،

---

(١) البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٩. وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٥، ٣٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٧.

(٢) ظاهر كلام المدونة أنه لا يحتاج لتعيين الراكب إن كان رجلاً أوامرأةً، وقد استظهر ابن عرفة وجوب تعيين كون الراكب رجلاً أو امرأة؛ لأن ركوب النساء أشق.
انظر: البناني، حاشية البناني على الزرقاني، ج٧، ص ٣٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٦.

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٧. وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٦. الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٦٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٠٣.

لأن المعرفة تحصل بواحد من هذين الأمرين.

وقلنا بوجوب التعيين؛ لأن الدواب يضرها الراكب الثقيل أو المشاكس فوجب التعيين لسد باب المنازعة.

أما بالنسبة لوسائل النقل الحديثة فإننا نقول إن الراكب فيها لا يخلو أمره من حالين:-

الأول:- أن يكون غير سائق للوسيلة، فهذا لا يشترط تعيينه مطلقاً بل حتى الفادح يمكن إركابه فيها ذلك أن السيارة، أو الطائرة، أو القطار، أو السفينة، لا تتأثر بمن يركبها من ناحية مرضه أو ثقله أو جهله بالوسيلة المركوبة.

الثاني:- أن يكون سائقاً للوسيلة فلا يشترط التعيين بالرؤية أو الصفة، ولكن يشترط أن يكون القائد لها على علم بطريقة تشغيلها، وذلك بحصوله على رخصة قيادة.

جاء في المادة ٢ من نظام المرور السعودي: "لايجوز لأحد أن يقود سيارة أو مركبة آلية قبل حصوله على رخصة سياقة حسب نوع وقوة المركبة التي يقودها صادرة عن إدارة المرور"[١] ا.هـ.

وجاء في كتاب شرح القانون البحري السعودي: "يجب أن تتوفر في الربان خبرة وكفاءة خاصة، ومن ثم يوجب القانون في كثير من الدول أن يكون الربان حاصلاً على مؤهلات خاصة تختلف باختلاف نوع الملاحة، ونوع السفينة وحمولتها"[٢]ا.هـ.

---

(١) ص ٩.

(٢) ثروت عبد الرحيم، ص ٩٠.

مسألة :- الضمان فيمن اكترى دابة ليركبها فأركب غيره مكانه.

إذا تقرر ما سبق وهو وجوب تعيين راكب الدابة، فما حكم ضمان من اكترى دابة ليركبها بنفسه، أو يركبها شخص بعينه فأركب مكانه غيره؟.

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على تضمين المكتري إذا أركب الدابة من هو أثقل منه أو أشد ضرراً.

إلا أنهم اختلفوا فيما لو كان الراكب الثاني يماثل الأول في الثقل والضرر، وذلك على مذهبين:-

الأول:- وهو للحنفية حيث قالوا بالضمان مطلقاً سواء أكان الثاني مثل الأول أم أقل ضرراً منه[٥].

وحجتهم في ذلك أن تعيين الراكب "تعيين مفيد؛ فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل، فالثقيل الذي يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه، والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه، فإن حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر[٦] عليه؛ لأنه غاصب غير مستوف للمعقود عليه"[٧]

---

(١) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٠. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٧.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٨. المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٤٣٨. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٧.

(٣) الشافعي، الأم، ج٤، ص ١٨. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠٨.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩. وانظر: المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٠.

(٥) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٠. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٧.

(٦) بناء على قولهم "إن الأجر والضمان لا يجتمعان" ومعنى هذه القاعدة أن الأجرة لا تجب في الحال التي يجب فيها الضمان. ويشترط في عدم اجتماع الأجرة والضمان اتحاد السبب والمحل بينهما، وإلا فالإثنان قد يلزمان في وقت معاً.
انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٧٨، ٧٩، المادة ٨٦.

(٧) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٠. وانظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤.

ويلزمه الضمان سواء سلمت الدابة أم تلفت[١]، ويضمن كامل قيمة الدابة[٢].

المذهب الثاني:- وهو قول الجمهور من المالكية[٣]، والشافعية[٤] والحنابلة[٥]، وقالوا بجواز دفع المستأجر الدابة المكتراة لمن هو مثله.

وحجتهم في ذلك: "أن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه، وله أن يستوفي أقل منه؛ لأنه يستوفي بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه؛ لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه"[٦]. وبناء عليه فإن المستأجر لا يضمن التلف الحاصل في العين؛ لأنه فعل ما هو مستحق له بمقتضى عقد الإجارة.

- ماهي حدود المثلية عند أصحاب هذا القول؟

اتفق فقهاء المالكية[٧] والشافعية[٨] والحنابلة[٩] على أن المثلية تكون في الضرر

---

(١) انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٤٧.
وسبب عدم لزوم الأجرة عليه أنه غاصب ومنافع المغصوبة غير مضمونة بالأجرة عند الحنفية إلا فيما استثني وسيأتي تفصيل هذه المسألة في الصفحات القادمة.
انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٤٧.

(٢) انظر: الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧.
ويستوي في حكم الضمان ما لو تعين الراكب من ابتداء العقد كما لو قال استأجرت الدابة لركوب فلان أو استأجرها لُيركب من شاء ولم يسم شخصاً بعينه، فبناء على قول الحنفية إنه يتعين أول من ركب فليس للمستأجر بعدذلك إركاب شخص آخر غير من تعين لركوبها وعليه فلوركبها المستأجر أولاً ثم أركبها غيره،أو أركبها غيره أولاً ثم ركبها هو وتلفت الدابة ضمن.
انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٣، المادة ٥٥٣.

(٣) المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٤٣٨. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٧.

(٤) الشافعي، الأم، ج٤، ص ١٨. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٣.

(٥) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٢. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٤٩.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩، ٦٠.

(٧) المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٤٣٨. الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤١.

(٨) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٣ "وقد نص على شرط الثقل والحركة". الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٠٦ "وقد نص على شرط الأمانة".

(٩) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩ "وقد نص على شرط الثقل". ابن مفلح، المبدع، =

والثقل والأمانة.

وأضاف الحنابلة على الصحيح من المذهب اشتراط المساواة في الطول والقصر[(١)].

أما القاضي أبويعلى[(٢)] فقد أضاف أيضاً المعرفة بالركوب؛ لأن قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به[(٣)].

إلا أن ابن قدامة اعتبر أن المثلية تكون في الثقل ولا عبرة بما عدا ذلك، حيث قال: "إن التفاوت في هذه الأمور بعد التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لا يُشترط ذكره في الإجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الإجارة كالثقل والخفة"[(٤)] ا.هـ.

الترجيح:-

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة يترجح لي - والعلم عند اللّه - قول الجمهور الذي يجيز للمستأجر أن يستوفي منفعة الركوب بنفسه وبمثله في الأمانة والضرر والثقل، وبمن دونه في الثقل، والضرر من باب الأولى، وبناء عليه فإن استوفى المستأجر منفعة الركوب بنفسه أو بمن يماثله لم يكن ضامناً لانتفاء التعدي الذي هو موجب الضمان .

= ج٥، ص ٩٣ "وقد نص على شرط الضرر". أما شرط الأمانة فلم ينصوا عليه والذي يظهر أنهم يدخلونه في شرط الضرر.

(١) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٣. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٤٩.

(٢) محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء، القاضي أبويعلى. ولد سنة ثمانين وثلاثمائة. من شيوخه أبي الحسن السكري، وأبي القاسم موسى بن عيسى السراج. وممن أخذ عنه: أحمد بن علي بن ثابت، وهبة اللّه الشيرازي كان إمام وقته وفريد دهره. صنف كتباً كثيرة منها: أحكام القرآن، والمعتمد، وعيون المسائل، والعدة في أصول الفقه. توفي سنة ثمان وخمسين وأربعمائة.
انظر: ترجمته: ابن أبي يعلي، طبقات الحنابلة، ج٢، ص ١٦٦.

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٠. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٣.

(٤) المغني، ج٦، ص ٦٠.

واشتراط التساوي بين المستأجر ونائبه في هذه الأشياء يُسقط التفاوت فيكون المكتري بإركابه لمن هو مثله أو دونه في الضرر قد استوفى حقه ولم يتعد فلا معنى لتضمينه.

أما التساوي فيما عدا هذه الأمور الثلاثة، وذلك كالتساوي في المعرفة بالركوب فالراجح هو ما قاله الإمام الشافعي: "وإن كان أعنف ركوباً منه وهو مثله في الخفة فانظر إلى العنف فإن كان العنف شيئاً ليس كركوب الناس وكان متلفاً ضمن وإن كان كركوب الناس لم يضمن وذلك إن [أركب](١) الناس قد يختلف بركوب ولا يوقف للركوب على حد إلا أنه إذا فعل في الركوب ما يكون خارجاً به من ركوب العامة ومتلفاً [فتلف](٢) الدابة ضمن"(٣) ا.هـ.

أما بالنسبة لوسائل النقل الحديثة فيشترط في النائب عن المستأجر أن يكون مماثلاً للمستأجر في الأمانة والمعرفة بقيادة المركبة التي يقودها، وبمعرفته لقواعد وأنظمة السير في الطرقات.

وأما ثقل الراكب فلا تُشترط فيه المماثلة، ذلك أن المستأجر لسيارة أو نحوها فإنه قد يركبها ويُركبها غيره ويُركب معه غيره، فلو شُرطت المساواة في الثقل لوجب وزن السائق ومن معه، ولا قائل بذلك.

ويستثنى مما سبق ما لو شرط المكري على المكتري أن لا يستوفي منفعة الركوب إلا بنفسه، ففي هذه الحالة لا يحق للمكتري المخالفة وإلا ضمن.

---

(١) ولعل الصواب [إركاب].
(٢) ولعل الصواب [فتلفت].
(٣) الأم، ج٤، ص ١٨.

مسألة: الضمان بإركاب الرديف.

تكلم الفقهاء فيمن اكترى دابة ليركبها وحده فأردف معه غيره من جانبين:-

الأول:- يتعلق بما لو سلمت الدابة بعد الإركاب، وما يلزم المكتري من الكراء.

الثاني:- يتعلق بما لو تلفت الدابة، ويندرج تحت هذا الجانب عدة مسائل، وهي:-

قدرة الدابة على حمل الراكب مع الرديف، إذن الراكب للرديف.

كون الدابة في يد صاحبها، أو في يد المكتري.

تلف الدابة أثناء الركوب، أو بعده.

من يعود عليه الضمان.

القدر الذي يضمنه في كل حالة من الحالات السابقة.

وفيما يلي نفصِّل القول في المسألة:-

أولاً: إذا سلمت الدابة بعد إركاب الرديف.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة من حيث إلزام المكتري بكراء الرديف على قولين:-

الأول:- وهو للحنفية حيث ذهبوا إلى أنه لا يلزم المكتري كراء الرديف، وإنما الذي يلزمه كمال الأجرة الأولى[1].

لأن "المكتري استوفى المعقود عليه بكماله وزاد، فإن سلمت الدابة سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الأجرة لاستيفاء المعقود عليه"[2].

---

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٠.

(٢) المرجع السابق.

وبيان ذلك: أن الحنفية يعتبرون المكتري حين أردف معه غيره غاصباً، والغاصب لا يضمن أجرة منافع المغصوب وإنما الذي يلزمه ضمان المغصوب إذا تلف؛ لأن المنافع ليست بأموال فلا تضمن بها(١)، وبناء عليه فإن الدابة لما سلمت سقط اعتبار أجرة الزيادة التي استزادها المكتري فلا يجب عليه إلا الأجر المسمى.

---

(١) اختلف الفقهاء في مالية المنافع، وبالتالي ضمانها بالإتلاف على قولين:-
القول الأول:- وهو للحنفية إذ يرون أن المنافع ليست بأموال، إلا إذا ورد العقد عليها، وتقومها عند ورود العقد عليها لا لذاتها بل للضرورة، والضرورة تقدَّر بقدرها. وعلى هذا فالمنافع لا تضمن بالإتلاف أو الغصب، بمعنى أنه لايلزم متلف المنافع أو غاصبها الأجرة.
واستدلوا على قولهم بأن التقوم شرط الضمان ومبناه، والتقوم لا يسبق الوجود فإن المعدوم لا يوصَف بأنه متقوم إذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز كالصيد والحشيش، والإحراز لا يتحقق فيما لا يبقى زمانين فكيف يكون متقوماً؟ ... وعلى هذا نقول الإتلاف لا يتصور في المنفعة لأنه لا يحل المعدوم ولا يأتي مقترناً بالوجود؛ لأنه ضده، فيمتنع الوجود، وإنما يأتي بعده والمنفعة لا تبقى في الزمان الثاني ليحله الإتلاف، وإثبات الحكم بدون تحقق سببه لايجوز.
كما أن المنفعة تقوّم بالعين، والعين تقوّم بنفسها، وما يقوّم بغيره تبع له، والتفاوت بين التبع والمتبوع ظاهر، وكذا المنافع لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتاً وبين ما يبقى ومالا يبقى تفاوت عظيم ولهذا قلنا إن المنافع لا تضمن بالأعيان؛ لأنها لا تماثل الأعيان، والمماثلة شرط في ضمان العدوان بدليل قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة - آية ١٩٤]. فالمنافع دون الأعيان في المالية فلا تضمن بها كما لاتضمن الديون بالعين، ولا الردئ بالجيد. وكذا لا تضمن المنفعة بمنفعة أخرى عند الإتلاف؛ لأنه لا مماثلة بينهما حتى إن الحجر في خان واحد على تقطيع واحد لا تكون منفعة إحداهما مِثلاً لمنفعة الأخرى عند الإتلاف بالإجماع. مع أن المماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر منها بين العين والمنفعة فلأن لاتضمن المنفعة بالعين - وهي الدراهم والدنانير- أولى.
فلما تحقق العجز عن تسليم المثل سقط الضمان؛ لأن العجز مسقط للضمان في حقوق العباد كما في حقوق الله.
وقد نوقشت أدلة الحنفية: بأن العين إذا كانت مُهَيّأة لأن يُنتفع بها فإن منفعتها تكون موجودة حكماً وإن لم تكن حسية كالعين، إلا أن كل عاقل يتصور وجود المنفعة بتلك العين القائمة المعدة للانتفاع وكأنها شئ محسوس بدليل أن المنافع تختلف صغراً وكبراً باختلاف الأعيان القائمة بها.
أما إحراز المنفعة فيكون بإحراز أصلها فمن أحرز الدار أو السيارة فقد أحرز منفعتها. وبالتالي فإن إتلاف العين إتلاف لمنافعها فكما وجب ضمان العين وجب ضمان منافعها. =

....

= وأما قولهم إن المنفعة ليست كالعين فيجاب عليه بأنه ليس هناك مانع شرعي من اعتبار المنفعة مالاً وإن لم تكن كالعين. إذ ماهو الدليل على أن المنفعة إذا لم تكن كالعين من حيث قابلية البقاء زمانين فلا تكون مالاً؟. وقولهم إن العين تبقى ليس على إطلاقه فإن من الأعيان ماهو استعمالي فهذا يبقى وإن استعمل كالدار مثلاً، ومنها ماهو استهلاكي فلا يبقى كالبُرِّ ، ويمكن اعتبار المنفعة من هذا القبيل.

وأما قولهم إن المنافع لا تضمن بالأعيان لأنها لا تماثلها، فيمكن أن يجاب عليه بأن المنافع تماثل الأعيان من حيث القيمة فيمكن تقدير منفعة العين بدليل أن الأشياء تختلف قيمتها باختلاف منافعها. هذه مجمل أدلة الحنفية وما ورد عليها من مناقشات.

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فقد قالوا بمالية المنافع وبالتالي ضمانها بالإتلاف والغصب.

واستدلوا على ذلك: بأن الشرع عدَّ المنافع أموالاً متقومة حتى صلحت مهراً وورد العقد عليها، فقد قال تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص، آية ٢٧].

فهذه الآية دلت على جواز الصداق بالمنافع، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ولو لم تكن المنافع أموالاً لما جاز الصداق بها، لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء، آية ٢٤].

كما استدلوا ايضاً على مالية المنافع: بأن المال غير الآدمي خُلق لمصالح الآدمي، والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة، وكيف لا والمصلحة في التحقيق تقوّم بمنافع الأشياء لا بذواتها، والذوات تصير متقومة ومالاً بمنافعها إذ كل شئ لا منفعة فيه لايكون مالاً فكيف يسقط حكم المالية والتقوم عنها وهي التي تُكسب المالية للذوات وبالتالي فهي أموال تضمن بالإتلاف.

وهكذا يتبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائلين بمالية المنافع لقوة أدلتهم، وعدم وقوف أدلة الحنفية على معارضتها. وهذا ما تقتضيه أصول الشريعة؛ لإن فيه العدل والإنصاف وحفظ الحقوق والأموال.

انظر فيما سبق: السرخسي، المبسوط، ج١١، ص ٧٩. الكاساني، البدائع، ج٧، ص ١٦٠. البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٣٥٧. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٤٦٧. البخاري، كشف الأسرار، ج١، ص ٣٦٩، ٣٧١ ، ٣٧٢. قاضي زادة أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٣٠٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ٢٣٤. ابن العربي، أحكام القرآن، ج١، ص٣٨٨، ج٣، ص ١٤٧١. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ١٠٢. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٨٦. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١، ص ١٥٥. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٥، ص ٤٣٨. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٢٠١. عبد اللّه الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص ٣٣، ٣٤.

القول الثاني: وهو للجمهور من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] حيث ذهبوا إلى إلزام المكتري بالكراء الأول، ومثل كراء الزيادة.

وعللو ذلك بأن المكتري متعد بالزيادة فوجب عليه ضمان قيمة ما تعدى فيه وهي الأجرة[٤].

والراجح من هذين القولين: إن على المكتري الأجر المسمى؛ لأنه استوفى منفعة المعقود عليه بتمامه حين ركب بنفسه.

كما تلزمه أجرة الرديف؛ لأنه تعدى حين أركبه، ذلك أن عقد الإجارة اقتضى أن يستوفي المكتري منفعة الركوب وحده، فإن أردف معه غيره فقد استوفى من المنفعة أكثر مما تعاقد عليه فوجب عليه كراء الزيادة. واللّه تعالى أعلم.

ثانياً: إذا تلفت الدابة بالإرداف[٥].

---

(١) حيث جاء في المدونة: "أرأيت إن اكتريت دابة لأركبها فحملت معي عليها رديفاً فعطبت الدابة؟ قال: قال مالك في الرجل يكتري البعير ليحمل عليه كذا وكذا رطلاً فزاد عليه أكثر من ذلك. قال مالك ينظر في تلك الزيادة فإن كانت تلك الزيادة مما يعطب بها إذا زادها خيِّر رب الدابة، فإن أحب فله كراؤه الأول وكراء مازاد عليها وإن أحب فله قيمة البعير يوم تعدى عليه ولا كراء له، وإن كانت الدابة لا تعطب في مثل ماحمل عليها فله الكراء الأول وكراء ما تعدى فيه ولا ضمان عليه، فالذي سألت عنه من الرديف بهذه المنزلة إن كان رديفاً تعطب الدابة في مثله إذا أردف فهو بهذه المنزلة، وإن كان لا تعطب في مثله فهو على ما فسرت لك" ا.هـ.
مالك بن أنس، ج٣، ص ٤٨٦.
قلت: والدابة إذا سلمت بعد الإرداف فالظاهر أنها تطيق الحمل، ولما عمم الحكم بوجوب أجرة الرديف مع الأجر المسمى دل ذلك على أن هذا الواجب في الحالة التي تسلم فيها الدابة أو تعطب.

(٢) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٥. المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٩٤.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٨.

(٤) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٨.

(٥) عرضت المسألة بهذه الطريقة لأنني وجدت أنها أفضل طريقة تُعرض بها لاختلاف الفقهاء في طريقة الحديث عنها.

أولاً :- الحنفية والمالكية:-

إذا كانت تطيق حمل الراكب مع الرديف أو لاتطيق:-

تحدث فقهاء الحنفية والمالكية عن هذه المسألة، حيث قالوا إن الدابة إذا تلفت تحت الراكب والرديف فإما أن تطيق حملهما معاً، وإما أن لا تطيق ذلك.

فإن كانت تطيق، فقد اختلفوا في الواجب على المكتري على مذهبين:-

الأول:- وهو للحنفية حيث قالوا: "وإن عطبت بعد بلوغها المكان ذلك الوقت فعليه الأجر كله؛ لاستيفاء المعقود عليه. فإن ركوبها لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف، ووجوب الأجر باعتبار ركوبه[١] وعليه ضمان نصف القيمة؛ لأنه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامناً"[٢].

وقالوا بلزوم ضمان نصف قيمة الدابة؛ لأن الدابة لا تتلف بثقل الراكب بل بالجهل بالركوب إذ أن الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف، ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن، فتعلق الحكم فيه بعدد الركاب كالجناة في باب الجنايات، فصار تلف الدابة بالركوب بمنزلة تلفها بالجراحة فإنه لايعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى إذا جرح شخص إنساناً جراحة واحدة خطأً، وجرحه آخر جراحتين أو أكثر خطأً فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما أنصافاً، فكذا هاهنا حيث إن ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها[٣].

---

(١) وهذا يعني أن الأجرة وجبت بكاملها؛ لأنها كانت في مقابل المنفعة التي استوفى المستأجر كاملها. فإن استوفى نصف المنفعة كما لو تلفت الدابة في منتصف الطريق وجب عليه نصف الكراء.
انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه، ج٥، ص ١١٧.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٠. وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧.

المذهب الثاني:- وهو للمالكية حيث إنهم لايلزمون المكتري بضمان شيء من قيمة الدابة بل الواجب عليه الكراء الأول، وكراء ما تعدى ولا ضمان عليه[1]؛ لأن التلف لم يكن من أجل الزيادة إذ أن الدابة تطيق حمل الراكب مع الرديف، فعُلم أن هلاكها فيما أذن فيه[2].

وأما إن كانت الدابة لا تطيق حمل الراكب مع الرديف، فقد اختلف فقهاء الحنفية والمالكية في الواجب على المكتري.

حيث قال الحنفية: إن المكتري ضامن لجميع قيمة الدابة؛ لأنه تعمد إتلافها بإركاب الرديف، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان[3].

وللمالك الخيار في تضمين الراكب أو الرديف، فإن ضمّن الراكب لم يرجع على الرديف؛ لأنه ملكها فصار الرديف راكباً دابة المستأجر بإذنه فلا رجوع له عليه، سواء أكان الرديف مستأجراً منه أم مستعيراً.

وإن ضمّن الرديف رَجَع على الراكب لو كان مستأجراً منه منفعة الركوب؛ لأنه غرّه في ضمن عقد المعاوضة، بخلاف ما لو كان الرديف مستعيراً فلا رجوع له على المكتري الأول؛ لأنه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد[4].

---

(١) انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٦.

(٢) انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٤٣٨.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧١. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧.
هذا وقد أضاف الحنفية إلى هذه المسألة ما لو كان الرديف صغيراً لا يستمسك بالدابة فإن المكتري في هذه الحالة يضمن بقدر ثقله. وقُيِّد بكون العطب بالإرداف؛ لأنه لو حمله على عاتقه ضمن جميع قيمتها لكونه يجتمع في مكان واحد فيشق على الدابة وإن كانت تطيق حملهما.
انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧. ابن نجيم، البحرالرائق، ج٧، ص ٣٠٨.

(٤) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٥٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٧.

أما المالكية فإنهم يقولون إن الراكب إن أردف معه غيره وكانت الدابة لا تطيق ذلك وتلفت، فإن رب الدابة بالخيار إن شاء ضمّن المكتري جميع قيمتها يوم التعدي ولا كراء له إذا زاد ذلك في أول الطريق، فإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار أخذ قيمة الدابة فله أخذ قيمتها يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو ربعها له ثلث الكراء أو ربعه مع قيمة الدابة.

وإن شاء أخذ الكراء الأول ومثل كراء مازاد بالغاً مابلغ(١).

ثانياً: الشافعية :-

بحث الشافعية مسألة الرديف من عدة جوانب، وذلك من حيث ركوب الرديف بإذن الراكب أو بدون إذنه، ومن حيث كون الدابة في يد صاحبها أو انفرد بها المكتري، وعلى الرغم من أن الحنابلة تعرضوا لنفس هذه الصور إلا أن قول الحنابلة في قدر ما يضمنه المكتري يختلف عن قول الشافعية، وحتى لا يتشتت ذهن القارئ فقد فضّلت عرض قول الشافعية والحنابلة كلاً على حدة.

وقد صور الشافعية هذه المسألة فيما إذا تعادل رجلان على بعير استأجراه فارتدف معهما ثالث: فإنْ ركب بغير أمرهما، لزمه أجر المثل لمالكه دون مستأجريه، ولزمه ضمان البعير إن تلف، وفي قدر مايلزمه من قيمته ثلاثة مذاهب:

أحدها: النصف اعتباراً بجنس الإباحة والحظر؛ لأن الهلاك كان من مضمون وغير مضمون.

الثاني: الثلث باعتبار أعدادهم دون أوزانهم؛ لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم(٢).

---

(١) ذكروا هذا عند حديثهم عن ضمان المكتري إذا زاد في الدابة المكتراة للحمل ما تعطب به، وقد نصت المدونة على أن مسألة الرديف بمنزلة مسألة الزيادة في الحمل.
انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٦. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣٨. المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٤٣٨.

(٢) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٥ "بتصرف يسير". =

الثالث: بقدر ثقل الرديف من ثقل الجماعة تقسيطاً على وزنهم؛ لأن الرجال لا يوزنون فيما لا يعتبر فيه الثقل والخفة. والحمل مما يعتبر فيه ذلك فتقسط الأجرة عليه، فجاز أن يوزنوا، وإن كانوا رجالاً.

فإن أذن الراكبان للرديف بأن يركب معهما، ضمنوا جميعاً: المستأجرين، والرديف؛ لأن البعير تلف لتعدي الراكبين بالإذن، وتعدي الرديف بالركوب.

ورب البعير بالخيار في الرجوع على أيهم شاء. فإن رجع على الرديف رجع عليه بما ذكرنا من المذاهب الثلاثة، وإن رجع على أحد الراكبين نظر، فإن كان البعير مع الجمال ففي قدر مايضمنه ثلاثة مذاهب كالرديف، ويرجع بها الغارم على الرديف بعد غرمها. وإن كان البعير معهما دون الجمال ضمنهما جميع القيمة في البعير، ولم يرجع الغارم منهما على الرديف بعد غرمها إلا بقدر ماكان يلزم الرديف منها على المذاهب الثلاثة[1].

ثالثاً : الحنابلة:-

تحدث فقهاء الحنابلة عن مسألة الرديف من حيث انفراد المستأجر بالدابة، أو عدم انفراده بها بأن يركبها ويد صاحبها عليها، كما تحدثوا عما لو تلفت الدابة أثناء الركوب أو بعده.

فقالوا: إن المكتري لدابة إذا أردف معه غيره، فإن هذا لايخلو من حالتين:-

الأولى: أن لا تكون الدابة في يد صاحبها، بأن ينفرد بها المستأجر ففي هذه الحالة يضمن المستأجر جميع قيمتها؛ لأن يد المستأجر صارت ضامنة بإركاب الرديف فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد، ولم يوجد[2]، فلزم الضمان.

= المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج٥، ص ٩٤، ٩٥.

(١) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٥. "بتصرف يسير". المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج٥، ص ٩٤، ٩٥.

(٢) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٨. "بتصرف يسير".

الثانية: أن تكون الدابة في يد صاحبها ففي هذه الحالة ينظر، فإن تلفت تحت الراكبين فعلى المستأجر ضمان كامل قيمة الدابة.

وإن تلفت بعد نزول الراكب عنها، فاخُتلف في ذلك حيث قال القاضي: لا ضمان على المستأجر. وقال غيره: إن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الراكب، فيضمنها بكامل قيمتها وهو الصحيح من المذهب. وقيل يضمنها بنصف القيمة(١).

وإن تلفت بعد نزول الراكب عنها بسبب آخر، كما لو افترسها سبع، أو سقطت في هوه، أو جرحها إنسان فماتت، فإنه لا ضمان على المكتري؛ لأنها لم تتلف في يد عادية.

وقالوا بوجوب الضمان وإن كان صاحب الدابة معها؛ لأن يد المستأجر صارت ضامنة بإركاب الرديف؛ لأن اليد للراكب، وسكوت ربها لايدل على رضاه، كما لو بيع متاعه وهو ساكت، فإنه لا يمنعه الطلب به. حتى لو نزل عنها وتلفت بعد نزوله بسبب تعبها بحمله؛ لأنها تلفت بسبب حاصل من تعديه كتلفها تحت الحمل الزائد والراكب المتعدي، وكمن ألقى حجراً في سفينة موقورة فغرقها الحجر(٢).

فإن ركب الرديف بغير إذن المستأجر، ضمن الرديف كامل قيمة الدابة؛ لأن عدوانه سبب تلفها(٣).

الترجيح:

بعد استعراض أقوال الفقهاء في المسألة يترجح لي مذهب الحنابلة والذي يقضي بأن على المستأجر ضمان قيمة الدابة إذا تلفت بسبب الإرداف؛ لأن المستأجر صار متعدياً، والمتعدي ضامن.

---

(١) انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٤، ٥٥.

(٢) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص ١٨، ١٩.

(٣) انظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٣٠.

ويستوي في ذلك ما لو كانت الدابة تطيق الحمل أم لا؛ لأن الدابة وإن كانت تطيق الحمل، إلا أن المالك أذن للمستأجر بركوب الدابة بصفة معينة فإن خالف في الصفة التي تم التعاقد عليها فإنه يكون متعدياً؛ فيضمن التلف الحاصل بالمخالفة. وهنا كان العقد على أن يركب وحده فأردف غيره.

وأما إن كانت لا تطيق فهذا تعدٍ محض، وإتلاف للدابة، فيضمن ما نتج عنه، وسواء كان تلفها تحت الراكبين أم بعد نزولهما عنها إذا كان التلف بسبب الحمل.

ولا فرق في ذلك كله بين انفراد المستأجر بالدابة، أو عدم انفراده. بأن كان صاحبها معها؛ لأن الذي باشر الإتلاف هو المستأجر والمباشر ضامن، وسكوت صاحبها لايدل على رضاه.

ويرجع المؤجِّر على المستأجر في الضمان؛ لمكان العقد بينهما، ولأن اليد كانت للمستأجر، ويستوي في ذلك ما لو ركب الرديف بإذن المستأجر، أم بدون إذنه، إلا أنه في حالة ما لو ركب الرديف بدون إذن المستأجر فإن المستأجر يعود عليه بما غرمه من قيمة الدابة. والله تعالى أعلم.

مسألة: ضمان من استأجر دابة ليركبها فحمل عليها

اختلف الفقهاء في حكم ضمان من استأجر دابة ليركبها فحمل عليها. حيث قال الحنفية[١] وابن القاسم من المالكية[٢] والشافعية في الأصح[٣] والحنابلة[٤]، بأنه لايجوز لمن استأجر دابة للركوب أن يحمل عليها، ولا يختلف الحكم في ذلك سواء أكان الحمل بثقل الراكب أم أزيد أم أقل، لاختلاف الضرر في طبيعة الحمل والركوب، لأن الراكب يعين الظهر بحركته[٥]، فلا يملك الحمل[٦].

وعلى هذا فإن أصحاب هذا القول يقولون بضمان المستأجر لدابة الركوب إذا استعملها للحمل؛ لأنه متعد حيث إنه تجاوز المأذون له إلى غيره فكان ضامناً[٧].

وقال ابن الماجشون من المالكية[٨]، والمتولي من الشافعية[٩]، إنه يجوز للمستأجر أن يستبدل الركوب بالحمل لتقارب الضرر بينهما[١٠].

وخص المتولي القول بالجواز فيما لو حكم أهل الخبرة بعدم التفاوت بين الحمل والركوب[١١].

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٩، ص ١١٧.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٠٧.

(٤) شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٩٣.

(٥) على حيدر، درر الحكم، ج١، ص ٥٣٩، المادة ٥٥٠.

(٦) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤.

(٧) لم ينص الفقهاء على مقدار ما يضمنه المستأجر من قيمة الدابة، والذي يظهر أن على المستأجر ضمان كامل قيمة الدابة، لأنه مخالف بالحمل من كل وجه، حيث إن ضرر الحمل يختلف عن ضرر الركوب.

(٨) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٩، ص ١١٧.

(٩) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٦.

(١٠) انظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٩، ص ١١٧.

(١١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٦.

والذي يظهر أن الراجح في هذه المسألة القول بالضمان؛ لأن ضرر الركوب يختلف عن ضرر الحمل، والمكتري رضي بالركوب دون الحمل فلا يجوز للمكتري المخالفة إلا بإذن جديد.

أما بالنسبة لوسائل النقل الحديثة كالسيارات(١) مثلاً فإننا نجد أنها في الغالب معدة للركوب والحمل في آن واحد، إلا أن موضع الركوب غير موضع الحمل، فيجوز للمستأجر أن يحمل فيها ماجرت العادة بحمله بشرط أن لا يتجاوز الحد الأقصى للوزن الإجمالي للسيارة(٢)، فيحمل في الموضع المخصص للحمل، ويركب في الموضع المخصص للركوب، فإن خالف بأن حمل في موضع الركوب ما يضر كما لو حمل في موضع الركوب حديداً أو أخشاباً تضر بمقاعد السيارة، فالذي يظهر أن عليه الضمان؛ لأن ضرر الحمل يختلف عن ضرر الركوب فيضمن التلف الحاصل في السيارة من جراء الحمل. والله تعالى أعلم.

---

(١) وما يقال في السيارات يقال في سائر وسائل النقل الحديثة كالطائرات والسفن والقطارات.

(٢) انظر: نظام المرور في المملكة، ص ٣٧، ٣٨، المادة ١٥٨، ١٦٠.

مسألة :- الضمان بالمخالفة في ركوب الدابة بالسرج أو الإكاف.

تحدث الفقهاء عن ضمان من استأجر دابة ليركبها عرياً فركبها بسرج أو إكاف أو استبدل السرج بالإكاف، أو الإكاف بالسرج، وفيما يلي نذكر تفصيلات الفقهاء للمسألة، وحكم الضمان في كل صورة منها.

الصورة الأولى:- الضمان فيمن اكترى دابة على أن يركبها عرياً فركبها بسرج[١] أو إكاف[٢]:-

اتفق فقهاء الحنفية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] من حيث الجملة على أن من استأجر دابة ليركبها عرياً فأسرجها فهو ضامن لها؛ لأنه حمل عليها السرج بغير إذن صاحبها فكان مخالفاً[٦]، كما وأنه حمل عليه أكثر مما تعاقد عليه[٧] فكان زيادة حمولة لم يشترطها[٨].

---

(١) سرج: السين والراء والجيم أصل صحيح يدل على الحسن والزينة والجمال، ... ومنه السَّرْجُ للدابة، هو زينته. والسرج: رحل الدابة، والرحل: مايوضع على ظهر البعير للركوب - وكل شيء يعد للرحيل من وعاء للمتاع وغيره.

انظر: ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ٥١٤، مادة "سَرَجَ". وانظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١ ، ص ٤٢٥، مادة سَرَجَ، ص٣٣٥، مادة رَحَلَ.

(٢) الإكاف للحمار معروف والجمع أُكُف، وأَوْكَف الحمار أي شَدَّ عليه الإكاف. والإكاف: البرذعة.

انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٧ مادة "أكف". الرازي، مختار الصحاح، ص ٢٠، مادة "أكف". إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١ ، ص ٢٢، مادة أكف.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٦. الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٤. البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٧.

(٦) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣.

(٧) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٤ "بتصرف يسير".

(٨) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٦.

واختار مشايخ الحنفية التفصيل حيث، جاء في المبسوط: "قال مشايخنا رحمهم اللّه، وهذا على أوجه: فإن استأجرها من بلد إلى بلد لم يضمن إذا أسرجه؛ لأن الحمار لايركب من بلد إلى بلد عادة إلا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط.

وإن استأجره ليركبه في المصر فإن كان من ذوي الهيئات فكذلك الجواب؛ لأن مثله لا يركب في المصر عرياناً، وإن كان من العوام الذين يركبون الحمار في المصر عرياناً فحينئذ يكون ضامناً إذا أسرجه بغير شرط"[1] ا.هـ.

فأصحاب هذا القول يردون القول بالضمان وعدمه إلى العرف، فإن اقتضى العرف وضع السرج فلا ضمان وإن لم يقتضيه ضمن إن لم يكن هناك شرط.

والراجح في هذه الصورة - واللّه أعلم - التفصيل وهو قول مشائخ الحنفية وهو اعتبار العرف في ذلك؛ لأن العرف معتبر في مثل هذه الحالات فإن اقتضى العرف أن يركب المستأجر بالسرج والإكاف فلا ضمان وإن لم يقتضِ العرف ذلك ضمن. إذ أنه ليس هناك نص يقول بوجوب الضمان فيرجع في ذلك إلى العرف.

الصورة الثانية: - لو اكتراها ليركبها بسرج فركبها عرياً.

قال فقهاء الشافعية[2] والحنابلة[3] بضمان من استأجر دابة ليركبها بسرج فركبها عرياً؛ لأن ركوب البهيمة عرياً يضر بها[4]، ولأنه إذا ركب عليها من غير سرج حمي ظهرها فربما عقرها[5][6].

---

(١) السرخسي، ج١٥، ص ١٧٣. وانظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤، ٢١٥.
وقد جاء في مجمع الأنهر أن الضمان مطلقاً من غير تفصيل ؛ لأنه ظاهر الرواية.
انظر: داماد أفندي، ج٢، ص ٣٨٠.

(٢) الشرواني وابن القاسم، حاشيتا الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٧.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٦.

(٥) عَقَره: جرَحه، وعَقَر البَعير والفَرس بالسيف فانْعَقر أي ضرب به قوائمه.
انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص ٤٤٥، مادة "عقر".

(٦) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٤ "بتصرف يسير".

الصورة الثالثة: إن اكتراها ليركبها بسرج فأسرجها بغيره:-

إذا اكترى الدابة بسرج فخلعه، وأبدله بآخر، فإن هذا لايخلو من حالين:-

الأول:- أن يستبدله بآخر تُسرج بمثله الدابة، فإن كان على مثل وزن السرج الأول وضرره فلا ضمان، نص على ذلك فقهاء الحنفية[١] والحنابلة[٢]، وهو ما يفهم من كلام الشافعية[٣]؛ لأنه لما كان مثله تناوله الإذن، إذ لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لايسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه إذا كان غيره يماثله.

اما إن كان زائداً عليه في الوزن فيضمن قدر الزيادة؛ لأن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة، نص على ذلك الحنفية[٤].

الثاني: إن استبدل المكتري السرج بآخر لا تسرج بمثله الدابة ضمن[٥] كل القيمة؛ لأنه لم يتناوله الإذن فصار متعدياً بالمخالفة فضمن[٦].

وما يقال في السرج يقال في استبدال الإكاف بغيره[٧].

---

(١) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٨.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٤.

(٣) لم ينص فقهاء الشافعية على هذه الصورة، ولكنهم نصوا على جواز استبدال السرج بالإكاف، وقالوا إن المستأجر لايضمن إلا إذا كان الإكاف أثقل من السرج.
قلت: وعلى هذا فإن استبدال السرج بآخر من باب الأولى فيكون في حكم المنصوص عليه.
وانظر: الشرواني وابن القاسم، حاشيتي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

(٤) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٨. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٩.

(٥) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٨، ٨٩. الشرواني وابن القاسم، حاشيتي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٤.

(٦) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٩. بتصرف يسير.

(٧) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٩، ٣٨٠.

الصورة الرابعة: إن اكتراها ليركب بسرج فركب بإكاف:-

اختلف الفقهاء في هذه الصورة على قولين:

القول الأول:- وهو للإمام ابي حنيفة النعمان، وقال بضمان المستأجر مطلقاً؛ لأن الإكاف ليس من جنس السرج، حيث إن الإكاف يستعمل بغير مايستعمل له السرج وهو الحمل، وأثره يخالف أيضاً؛ لأنه لا ينبسط انبساط السرج فكان في حق الدابة خلافاً إلى غير الجنس المسمى، كما لو سمى حنطة فحمل بوزنها شعيراً فإنه يضمن؛ لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة. فلم يصر مستوفياً شيئاً من المسمى فيضمن الكل.

فالتفاوت بين السرج والإكاف ليس من حيث الثقل والخفة، ولكن من حيث الانبساط وعدمه، والحمار الذي لا يألف الإكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفاً في الكل فيضمن الكل(١).

القول الثاني:- وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة، وقول الصاحبين من الحنفية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤)، وقالوا بأن المستأجر يضمن إذا كان الإكاف أثقل من السرج، أو أضر فقط، فيضمن بحسابه(٥). ولا يضمن إن كان الإكاف مساوياً للسرج

---

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤. البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٩، ٩٠. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٩.

(٢) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٩.

(٣) الشرواني وابن القاسم، حاشيتا الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٤.

(٥) تكلم فقهاء الحنفية في معنى قول الصاحبين بحسابه وهو احدى الروايتين عن الإمام أبي حنيفة فمنهم من قال إنه يقدر بالمساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها، ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منوين والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها. وان كان بعض فقهاء الحنفية يقولون إن ضمان كل القيمة هو الأصح.

انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٨٠. بتصرف يسير.

"لأن الإكاف والسرج كل واحد منهما يُركب به عادة وإنما يختلفان بالثقل والخفة؛ لأن الإكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل كما لو استأجر الحمار بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الأول فعطب فإنه يضمن بقدر الزيادة"(١)، "وكما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوماً"(٢).

وما سبق من الأحكام يكون فيما لو اكترى الدابة للركوب، فأما إن اكتراها للحمل فأبدل السرج بالإكاف فإنه لا يضمن إلا إذا كان الإكاف أثقل من السرج(٣)، لأن الإكاف للحمل فيكون الحمل على الدابة بالإكاف أيسر من الحمل عليها بالسرج إذ أنه معد للركوب.

والذي أراه في هذه المسألة أن حكم الضمان فيها وقدره يعود القول فيه لأهل الخبرة. والله تعالى أعلم.

الصورة الخامسة: - لو اكتراها ليركبها بإكاف فركب بسرج:

اختلف الفقهاء في هذه الصورة على قولين:

القول الأول:- وهو للحنفية وقالوا بعدم ضمان المستأجر؛ لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف، إذ أنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الإكاف، فلا يكون مخالفاً بوضع السرج بدلاً من الإكاف(٤).

القول الثاني:- وهو للشافعية وقالوا إن المستأجر يضمن إذا كان السرج أثقل من الإكاف؛ لأنه يشق على الدابة(٥).

هذا إن استأجر الدابة ليركبها بالإكاف، فإن استأجرها ليحمل عليها به فحمل

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣.

(٣) انظر: الشرواني وابن القاسم، حاشيتيهما على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

(٤) انظر: الكاساني،البدائع، ج٤، ص ٢١٤. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٨٠.

(٥) انظر: الشرواني وابن القاسم، حاشيتيهما على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

عليها بالسرج ضمن؛ لأن ذلك يشق عليها[1].

مسألة :- إذا ألجم الدابة.

لا ضمان على المستأجر إذا استأجر الدابة بغير لجام فألجمها، أو بلجام فنزعه وأبدله بلجام آخر مثله[2]؛ لأن اللجام لا يضر بالدابة وإنما ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافاً من المستأجر، إلا إذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفاً فيضمن[3].

(١) انظر: الشرواني وابن القاسم، حاشيتيهما على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.
(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٤. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥.
(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٤.

القسم الثاني: مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للحمل.

الدابة المستأجرة للحمل يشترط في إجارتها أن يُعلم المقدار الذي تحمله[١]؛ لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول فترك البيان يفضي إلى المنازعة[٢].

والضابط فيما يجب تعريفه في الإجارات أن ما يتفاوت به الغرض، ولا يتسامح به في المعاملة يشترط تعريفه[٣].

وتحصل المعرفة بواحد من أمرين:-

الأول: الوصف ويكون ببيان القدر والجنس، كما نص على ذلك الحنفية[٤] والقرويون من المالكية[٥] والشافعية[٦] والصحيح عند الحنابلة[٧].

أما الأندلسيون من المالكية فقالوا إنه يُشترط بيان الجنس دون القدر حيث يصرف للاجتهاد[٨].

وأُشترط بيان الجنس؛ لأن الجنس يختلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر. فإن القطن مثلاً يضر بالدابة من وجه وهو أنه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل، ومثله من الحديد يؤذي من جهة آخرى وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلابد من بيانه[٩].

(١) انظر: قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٦٤. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٧. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٦. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص١١٣.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٥.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٩.

(٤) قاضي زاده أفندي، تكملة شرح فتح القدير، ج٩، ص ٦٤.

(٥) الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٦٢.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٦، ٢٧٧.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٠.

(٨) انظر: الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٦٢.

(٩) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٣.

والراجح – والله أعلم – هو قول الجمهور الذي يشترط بيان القدر والجنس؛ لأننا لو تركنا القول في القدر للاجتهاد لأدى ذلك إلى المنازعة؛ ذلك أن المؤجِّر يريد أن تحمل الدابة أقل قدر ممكن حتى يريحها وترجع إليه المصلحة من ذلك، والمستأجر يريد أن ينقل عليها أكبر قدر ممكن، فلما اختلفت المصلحة اشترط بيان القدر؛ لسد باب المنازعة.

الثاني:– المشاهدة أو الرؤية. فإن شاهد الحمولة صارت معلومة وإن لم يقف على قدر وزنها.

نص على ذلك الحنفية(١) والمالكية(٢)، وهو أحد قولي الشافعية(٣)، ومذهب الحنابلة(٤).

"ويكون كما لو شاهد الصبرة المبيعة صح البيع وإن لم يعلم قدر كيلها"(٥).

أما بالنسبة للظروف(٦) التي يحمل فيها المتاع فإن "دخلت في الوزن لم يحتج إلى ذكرها، وإن لم توزن فإن كانت ظروفاً معروفة لا تختلف كغرائر(٧) الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين؛ لأنها قلما تتفاوت تفاوتاً كثيراً فتسميتها تكفي، وإن كانت تختلف فلابد من معرفتها بالتعيين أو الصفة"(٨).

---

(١) انظر: قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٦٤. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٤٣١، المادة ٤٥٦، وأشاروا إليه بلفظ "الإشارة أو التعيين".

(٢) الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٧.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٥.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٠٧. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٠.

(٥) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٥.

(٦) الظّرف: الوعاء، والجمع ظروف.
الفيومي، المصباح المنير، ص ١٤٦، مادة "ظرف".

(٧) الغرائر: جمع غرارة وهي وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه.
انظر : إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج٢، ص٦٤٨، مادة " غَرَّ ".

(٨) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٣. وانظر: الكافي، ج٢، ص ٣٠٧. المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٢١، ٢٢.

وذهب الشافعية في القول الثاني إلى أنه لا تصح الإجارة بمجرد المشاهدة دون أن يكون المحمول معلوم القدر والوزن.

"وهذا مخرّج على من دفع الدراهم جزافاً[(١)] في السلم[(٢)] هل يصح، أم لا؟

على قولين. كذلك هذا؛ لأن عقد الإجارة والسلم جميعاً غير منبرم - لأن المعقود عليه لم ير - بخلاف البيع"[(٣)].

والراجح في هذه المسألة هو قول الجمهور، والذي يرى أن الرؤية تكفي وإن لم يعلم قدر المحمول؛ لأنها أعلى طرق العلم[(٤)]، ولأن من رأى الحمولة استطاع أن يقدّرها بالتقريب.

وهكذا نجد أن الفقهاء متفقون على وجوب بيان القدر الذي تحمله الدابة، إلا أنهم اختلفوا في الكيفية التي يحصل بها البيان وبناء عليه فإن استأجرها ولم يبين مايحمل عليها فقد نص الفقهاء على عدم جواز الإجارة للجهالة، إلا أن يبين مايحمله.

هذا وقد ذكر الفقهاء صوراً في مسألة اشتراط معرفة قدر المحمول وبينوا حكم كل صورة منها من حيث الجواز وعدمه.

ومن ذلك ماقاله الحنفية: إن مستأجر دابة الحمل إما أن يقول حين استئجارها، استأجرتها للحمل ولا يزيد على ذلك، ففي هذه الحالة يفسد العقد؛ لأن الحمل مما يختلف اختلافاً فاحشاً فيكون المعقود عليه مجهولاً[(٥)].

---

(١) الجزاف: بيع الشيء لايُعلم كيله ولا وزنه.
الفيومي، المصباح المنير، ص ٣٨، مادة "جزف".

(٢) السلم: اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثمن آجلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال، والبائع يسمى مسلماً إليه، والمشتري رب السلم.
الجرجاني، التعريفات، ص ١٢٠.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٥.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٣.

(٥) انظر: قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٨٣.

فإن حمل شيئاً معيناً ومضت المدة فالقياس أنه يجب عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز.

وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً؛ لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء؛ لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هاهنا.

فإن قال المستأجر عند العقد استأجرتها على أن أحمل عليها ما أشاء صح العقد ووجب المسمى، ويتعين أول محمول.

فإن قال عند العقد استأجرتها لأحمل عليها شيئاً معيناً جاز العقد[١].

أما المالكية فقد ذكروا أن من اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز العقد حيث لم يكن هناك عرف، وهذا يقتضي أنه إذا عين نوع المحمول كفى ويحمّلها ما تطيق، وهذا يوافق ما عليه الاندلسيون[٢].

أما الشافعية فإنهم فصّلوا في المسألة حيث قالوا: لو استأجرها وقال لأحمل عليها مائة رطل[٣] مما أشاء ورضي المؤجِّر بذلك جاز على الأصح ويكون رضي منه بأضر الأجناس فلا حاجة حينئذ إلى بيان الجنس إذ كان تقدير الحمل بالوزن[٤].

فإن كان التقدير بالكيل فاختلفوا فيه فمنهم من قال: إنه يجوز ويجعل ذلك

---

(١) انظر: قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٨٣، ٨٤.

(٢) انظر : الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٤٠.

(٣) الرطل: معيار يوزن به، وهو بالبغدادي أثنتا عشر أوقيه .. فالرطل يساوي تسعون مثقالاً، وهي مائة درهم وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٨٨، مادة "رطل".
وقد ذكر محقق كتاب الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال: أن الرطل البغدادي يعادل (٤٠٨) غراماً. انظر هامش ص ٥٦.

(٤) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٧.

رضى بأثقل الأجناس، كما جعل في الوزن رضى بأضر الأجناس[(١)].

ومفهوم كلام أبي الفرج السرخسي[(٢)]: أنه لا يغني ذكر الكيل عن ذكر الجنس؛ لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل.

وقد صوّب النووي قول السرخسي؛ لأن الفرق ظاهر. فإن اختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن يسير، بخلاف الكيل، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة.

فإن قال أجرتكها لتحمل عليها ماشئت لم يصح؛ لأن الدواب لا تطيق كل ما تحمله[(٣)].

وبهذا قال الحنابلة، حيث جاء في المغني: "فإن شرط أن يحمل ماشاء بطل؛ لأن ذلك لايمكن الوفاء به ويدخل فيه مايقتل البهيمة، وإن قال احتمل عليها طاقتها لم يجز أيضاً؛ لأن ذلك لا ضابط له"[(٤)]ا.هـ.

فإن حدّد له مقداراً معيناً دون بيان الجنس، فقد ذكر ابن عقيل[(٥)] أنه لو اكترى

---

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٧.

(٢) عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن عبد الرحمن بن محمد، الأستاذ أبوالفرج السرخسي، فقيه مرو. ولد سنة إحدى أو اثنتين وثلاثين وأربعمائة، وتفقه على القاضي الحسين. قال السمعاني في الذيل: كان أحد أئمة الإسلام وممن يضرب به المثل في الآفاق في حفظ المذهب الشافعي، رحلت إليه الأئمة في كل جانب، وكان ديناً ورعاً محتاطاً في المأكول والملبوس. من تصانيفة كتاب "الأمالي". توفي بمرو سنة أربع وتسعين واربعمائة.
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ١٧١. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٦٦.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٧.

(٤) ابن قدامة، ج٦، ص ١١٣. الكافي، ج٢، ص ٣٠٧.

(٥) على بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي، الظفري، فقيه أصولي، أبوالوفاء. ولد سنة إحدى وثلاثين وأربعمائة.من مشائخه القاضي أبويعلى، والشيخ أبوإسحاق الشيرازي.له تصانيف كثيرة في أنواع العلم. وأكبر تصانيفه كتاب "الفنون" وهو كتاب كبير جداً فيه فوائد في الوعظ والتفسير والفقه والنحو، وله في الفقه كتاب"الفصول" ويسمى"كفاية المغني"، وكتاب "الإرشاد" في أصول الدين، وكتاب "الواضح" في أصول الفقه. توفي سنة ثلاث عشرة وخمسمائة. =

الدابة ليحمل عليها ثلاثمائة رطل مما يشاء جاز، إلا أنه لايحمل عليها حملاً يضر بها.

فلو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الدابة فلا يجمعه في موضع واحد، ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها[١].

وهكذا نجد أن الفقهاء متفقون من حيث المبدأ على اشتراط تعيين الحمولة التي تحملها الدابة، إلا أنهم مختلفون في كيفية التعيين كما اتضح ذلك من خلال ماسبق.

واشتراط البيان لايختص بوسائل النقل القديمة التي تتمثل في الدواب، وإنما يشمل أيضاً الوسائل الحديثة التي استخدمها الإنسان لتنقلاته، وحمل سلعه وبضائعه.

ونحن نلحظ اليوم أن البشرية تشهد نقلة هائلة في نواحيها المادية، كما تشهد تواصلاً فيما بين أقطارها حتى أصبح كل قطر من العالم يقدّم للأقطار الأخرى ماتفقده من سلع غذائية أو تقنية، ولا سبيل إلى نقل هذه السلع إلا عن طريق الشحن الذي يكون تارة بالبر، وأخرى بالبحر، أو الجو. والوسائل المستخدمة لهذا الغرض لها قدرات محددة، حيث إنها تتحمل أوزاناً معينة فلا تستطيع تجاوزها، ولذلك فإن تحديد قدر الحمولة من حيث الوزن أمر لابد منه، لأن تجاوز الأوزان المحددة قد يؤدي إلى الضرر[٢].

كما يُشترط بيان جنس المحمول، وذلك لتفاوت المحمولات في الضرر، فإن بعضها سريع الاشتعال بحيث يحتاج إلى احتياطات أمنية أكثر من غيره، وبعضها يكون سريع التطاير مما يربك حركة السير[٣]، وبعضها سريع التلف. فلذلك اشتُرط البيان

= انظر ترجمته: ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، ج١، ص ١١٨.

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٣، ١١٤. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ١٠.

(٢) انظر: نظام المرور في المملكة، ص ٣٧ وما بعدها، المواد ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨. وانظر: دليل إجراءات الشحن على الخطوط السعودية، ص ٥.

(٣) لذلك فقد أوجب نظام المرور السعودي في مادته ١٦٩ على السيارات التي تحمل أشياء ممكن تتطايرها أو تناثرها خلال سيرها بأن على السائق تغطيتها بغطاء محكم. انظر: ص ٤٠.

تطبيقاً للضابط الذي ذكره الفقهاء وهو "أن ما يتفاوت به الغرض ولا يتسامح به في المعاملة يُشترط تعريفه" وهذا مما يتفاوت به الغرض ولا يتسامح فيه[(١)].

كما يُشترط أيضاً في نقل الحمولات التعبئة المناسبة، ولهذا يُشترط في السلع الخطرة أن تكون معبأة بشكل لا يسمح بتسرب المواد الخطرة منها؛ لأن سوء التعبئة قد يؤدي إلى أضرار بالوسيلة التي تُنقل عليها الحمولة[(٢)].

كما يُشترط أن توضع السلع المطلوب شحنها في أماكنها المخصصة بها. فالسفن مثلاً يُشترط أن تُرص البضائع المنقولة عليها في الأماكن المخصصة لها؛ لأن سوء الرص قد يؤثر على توازن السفينة[(٣)].

ونخلص مما سبق أنه يُشترط في الوسائل المؤجَّرة للحمل بيان الأمور التي يتفاوت الضرر بها، ويُرجع في تحديدها إلى أهل الخبرة بالوسيلة. وعلى هذا فإن مخالفة المستأجر لشرط من الشروط المعتبرة يكون تعدياً يوجب الضمان، إذا نتج عنه تلف للوسيلة أو لبعض أجزائها. والله تعالى أعلم.

---

(١) وانظر: ثروت عبد الرحيم، شرح القانون البحري السعودي، ص ١٥٩.

(٢) انظر: دليل إجراءات الشحن الجوي على الخطوط السعودية، ص ٤ وما بعدها.
هذا وقد ذكرت الخطوط الجوية السعودية أنها لن تقبل الحمولات التي لا تتوفر فيها الشروط اللازمة لتعبئتها. انظر: ص ٧

(٣) وانما يضمن المستأجر إذا كان هو الذي يتولى عملية الرص، فإن كان المالك هو الذي يتولى ذلك فإنه يتحمل الأضرار المترتبة على سوء الرص.
انظر: ثروت عبد الرحيم، شرح القانون البحري السعودي، ص ١٦٢، ١٦٣.

مسألة:- ضمان المكتري إذا خالف وحمل الدابة غير المشروط

تبين لنا فيما سبق رجحان قول الفقهاء الذين يشترطون في الدواب المستأجرة للحمل أن يحدد المتعاقدان المحمول ببيان جنسه وقدره.

وفي هذا رفع للجهالة وسد لباب المنازعة، ذلك أن الدابة إذا تلفت تحت الحمل المشروط فلا ضمان على المستأجر؛ لأن الدابة تلفت بما هو مأذون فيه. حيث إن المستأجر قد استوفى المعقود عليه بدون زيادة.

فإن خالف المستأجِر فحمّل الدابة غير المشروط، ففي هذه الحالة إما أن يخالف في جنس المحمول بأن يستبدل المحمول بغير جنسه كما لو استبدل القمح بالشعير، أو القطن بالحديد.

وإما أن يخالف في قدر المحمول بأن يستأجر الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من الحنطة فيحمل عليها أحد عشر قفيزاً.

وفيما يلي نفصّل القول في كل حالة من هاتين الحالتين.

الحالة الأولى: مخالفة المستأجر في جنس المحمول:-

الصورة الأولى: إذا خالف المستأجر فحمّل الدابة غير المشروط، وكان المحمول الثاني مساوياً للأول في القدر والضرر، أو أقل فقد اتفق فقهاء الحنفية – استحساناً –[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على جواز ذلك، ومن ثم لم يضمنوا

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٦ "وقد نقل عن السرخسي قوله إنه الأصح". ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ٤٨، ٤٩.

(٢) الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٣٨.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٠٧. أبي الضياء، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٠٧.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٣، ٣٢٤. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٣.

المستأجر التلف الحاصل في الدابة بمثل هذه المخالفة.

قال الكاساني: "ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن"(١) ا.هـ.

وقال الدردير(٢): "وجاز للمستأجر فعل المستأجر عليه ومثله ودونه قدراً وضرراً"(٣)ا.هـ.

وعلى هذا فلا يضمن بمثل هذه المخالفة(٤).

وقال الإمام الشافعي في معرض حديثه عما يجوز إبداله من المحمول وما لايجوز: "وإن كان لايكون أضر به منه وكان مثله أو أحرى أن لا يتلف البعير فحمله فتلف لم يضمن"(٥) ا.هـ.

وقد فسر فقهاء الشافعية التفاوت في الضرر بالتفاوت في الوزن، ذلك أنهم فرّقو بين المكيل والموزون.

حيث قالوا إنه لايجوز للمكتري أن يحمل بدل الحنطة شعيراً إذا كان التقدير بالوزن لاختلاف الضرر، فإن كان التقدير بالكيل جاز، وكذا كل متفقين في الحجم.

---

(١) البدائع، ج٤، ص ٢١٣.

(٢) أبوالبركات أحمد بن الشيخ محمد العدوي الأزهري، الشهير بالدردير. ولد سنة ١١٢٧هـ. تفقه على الشيخ الصعيدي وأحمد الصباغ. وأخذ عنه جلة من العلماء منهم: الدسوقي، والصاوي. له مؤلفات عديدة منها "شرح المختصر" و"أقرب المسالك لمذهب مالك" وشرحه، و "رسالة في متشابهات القرآن". توفي سنة واحدة ومائتين وألف.
انظر ترجمته: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص ٣٥٩. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٢٤٤.

(٣) الشرح الصغير، ج٢، ص ٣٧.

(٤) انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٤٣٦.

(٥) الأم، ج٤، ص ١٨.

جاء في مغني المحتاج: "وكذا يصير ضامناً لو اكترى دابة لحمل مائة رطل من حنطة فحمل عليها مائة شعيراً أو عكس بأن اكتراها لحمل مائة رطل شعير فحمل عليها مائة حنطة؛ لأن الحنطة أثقل فيجتمع ثقلها في موضع واحد والشعير أخف فيأخذ من ظهر الدابة أكثر فالضرر مختلف ... وسواء تلفت بذلك السبب أم بغيره؛ لأن يده صارت يد عدوان، ويبدل بالقطن الصوف والوبر؛ لأنهما مثله في الحجم ... ويبدل بالحديد الرصاص والنحاس؛ لأنهما مثله في الحجم لا القطن، أو اكتراها لعشرة أقفزة شعير فحمل عشرة حنطة، فإنه يصير ضامناً للدابة؛ لأنها أثقل ... دون عكسه لخفة الشعير مع استوائهما في الحجم"[1] ا.هـ.

وقال ابن قدامة: "يجوز لمن اكترى على حملِ شيء حملُ مثله أو أقل ضرراً منه"[2] ا.هـ.

والعلة في جواز إبدال المحمول بما هو مثله أو أقل ضرراً منه؛ أن الإذن بالشيء إذن بما هو مثله أو دونه دلالة، وأن التقييد إنما يعتبر إن كان له فائدة، وهنا لا فائدة له[3].

---

(١) انظر: الشربيني، ج٢، ص ٣٥٣. الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.
ولبعض الحنفية كلام قريب مما ذكره الشافعية، جاء في تبيين الحقائق: "لو سمى مقداراً من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن؛ لأن للتقييد به فائدة؛ لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبناً هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط. ثم قال ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه أنه لا يضمن استحساناً وقال: وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزناً أخف من ضرر الحنطة؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط. قال وبه كان يفتي الصدر الشهيد" ا.هـ.
الزيلعي، ج٥، ص ١١٦.

(٢) المغني، ج٦، ص ١١٤.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٥، ١١٦.

أما زفر من الحنفية فقد قال: إن المكتري يضمن مطلقـاً؛ لأن الخلاف قـد تحقق فتحقق الغصب، وهو القياس عندهـم[١]، ولأن المسـتأجر يتصـرف بـالأمر فليـس لـه أن يخالف ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو بـاع بـألف دينـار لا ينفـذ بيعـه، فكـذا هاهنا[٢].

ونوقش هذا القول بأن الخلاف إلى مثلـه أو إلى مـاهو دونـه في الضـرر لايكـون خلافاً؛ لأن الثاني إذا كان مثل الأول في الضرر كان الرضا بـالأول رضـا بالثـاني، وإذا كان دونه في الضرر فإذا رضي بالأول كان بالثـاني أرضـى، فصـار كمـا لـو اسـتأجرها ليحمل عليها حنطـة نفسـه فحمـل عليهـا حنطـة غـيره وهمـا متسـاويان في الكيـل، أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة فإنه لايكون مخالفاً فكذا هذه[٣].

"فالتعيين في العقود يجب حكمه إذا كانت له فيه فائدة، وإذا لم يكـن فيـه فـائدة سقط التعيين"[٤].

الترجيح:

وهكذا يتضـح لنـا رجحـان مذهـب الجمهـور الـذي يجيز للمسـتأجر استبدال المحمول بما هو مثله أو دونه؛ لأن الرضا بالأول يكون رضاً بالثاني دلالة، وبناء عليه فلا يضمن المستأجر التلف الحاصل في الدابة إذا كان بسبب الحمل؛ لأن التلف حصل تحت الحمل المأذون فيه، "والجواز الشرعي ينافي الضمان"[٥]. وما يقـال في الـدواب يقـال في وسائل النقل الحديثة. واللـه تعالى أعلم.

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣.

(٢) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٦، "بتصرف يسير".

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣، "بتصرف يسير". وانظر: عبـد الوهـاب البغـدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٧.

(٤) الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٦.

(٥) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٨١، المادة ٩١.

الصورة الثانية: إذا خالف المستأجر فحمل على الدابة غير الجنس المتفق عليه، وكان الثاني أشد ضرراً، فقد اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على تضمين المستأجر بمثل هذه المخالفة.

وذلك كما لو استأجرها ليحمل عليها شعيراً فحمل عليها مثل وزن الشعير حنطة، أو استأجرها ليحمل عليها قطناً فحمل عليها حديداً.

ففي الأولى كانت الحنطة أثقل من الشعير، وفي الثانية كان ضرر القطن من حيث انتشاره على ظهر الدابة مخالفاً لضرر الحديد الذي يجتمع على موضع واحد من الدابة[٥]. ويقاس على هاتين الصورتين غيرها.

وعلة التضمين أن المستأجر متعد بمثل هذه المخالفة؛ لأن المؤجِّر لم يأذن له في الحمل الثاني، وإنما يستفاد الإذن من المالك[٦].

وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على مبدأ التضمين، إلا أنهم مختلفون في كيفيته على ثلاثة مذاهب.

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣، ٢١٤. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٤٩.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٧ وما بعدها. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٧.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٣. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٣.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٤. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤.

(٥) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٦، ١١٧. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٨. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص ٣٧. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠٧.

(٦) انظر: عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٧.

المذهب الأول:- وهو للحنفية، حيث قالوا: إن على المستأجر ضمان قيمة الدابة؛ لأنه صار غاصباً للدابة متعدياً عليها فيضمنها، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان لايجتمعان.

فوجوب الضمان على المستأجر لصيرورته غاصباً ولا أجرة على الغاصب؛ لأن المضمونات تملك عندهم بالغصب وهذا يمنع الأجر[1].

هذا إذا حصلت المخالفة في كل الحمل، فإن حصلت في نصفه بأن استأجرها ليحمل عليها شعيراً فحمل نصف الحمل شعير ونصفه حنطة وعطبت الدابة ضمن نصف قيمة الدابة مع الأجر المسمى[2].

قلت: ولعل العلة في ذلك أن الأجر كان في مقابل المنفعة المتفق عليها وقد استوفاها المستأجر فعليه الأجر المسمى كاملاً، والضمان كان للحمل المخالف، فصار المستاجر غاصباً للنصف فقط فضمن النصف.

فإن استأجرها ليحمل عليها عشر كيلات شعير فحمّلها المشروط وزاد كيلة من الحنطة ضمن كل القيمة[3].

قلت: ولعل العلة أن المستأجر استوفى المعقود عليه بتمامه وزاد، فكان غاصباً في الزيادة التي توزعت على جميع الدابة فضمن كل القيمة.

هذا إذا حصلت المخالفة من المستأجر، فإن وقعت من مستأجِر المستأجر لزم ضمان القيمة وللمؤجِّر أن يضمنها المستأجر الأول وليس له الرجوع على الثاني، أو يضمنها المستأجر الثاني وله الرجوع على الأول[4].

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٨.

(٢) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٨، المادة ٥٥٩.

(٣) انظر المرجع السابق.

(٤) انظر المرجع السابق.

وإن حصلت المخالفة من المؤجِّر، فلا ضمان على المستأجر[1]؛ لأن المباشر للتلف هو المالك فكان الضمان عليه.

المذهب الثاني:- وهو للمالكية وقالوا: إن للمكري الخيار بأن يأخذ كراء فضل ذلك الحمل مع الكراء الأول، أو يأخذ قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له.

جاء في المدونة: "قال مالك في رجل تكارى بعيراً على أن يحمل عليه حمل كتان فحمل عليه حمل صوف فعطب. قال: ينظر في ذلك، فإن كان الذي حمل عليه هو أجفى على البعير وأتعب، وربما كان الشيئان وزنهما واحد وأحدهما أتعب لجفائه أو لشدة ضمه على جنبي البعير مثل الرصاص والنحاس، فإن كان الذي حمل عليه ليست فيه مضرة ولا تعب على الذي اشترط فلا ضمان عليه، وإن كان هو أتعب وأضر به فهو ضامن.

قال ابن القاسم: إلا أنه مخير في الضمان، فإن أحب كان له كراء فضل ذلك الحمل على تعبه بما يسوي، وإن أحب فله قيمة بعيره يوم حمله ولا كراء"[2] ا.هـ.

المذهب الثالث:- وهو للشافعية[3] والحنابلة[4]، حيث قالوا إن المستأجر يلزمه الضمان مع الأجرة.

إلا أن الشافعية اختلفوا في الأجرة التي تجب للمؤجِّر فقالوا: إن العدول عن الجنس المحمول إلى ماهو أشد ضرراً منه يعتبر من قبيل الزيادة غير المتميزة فيصير المكتري في حكم من اكترى أرضاً لزراعة الحنطة فزرع دخناً.

لذلك فقد اختلف فيها الأصحاب على قولين: أحدهما: يلزمه أجرة المثل لحمل الحنطة؛ لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى

---

(١) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٨، المادة ٥٥٩.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٨.

(٣) انظر: الشافعي، الأم، ج٤، ص ١٨.

(٤) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤، ٩٥.

أرضاً للزراعة فزرع أرضاً أخرى.

والثاني: يلزمه المسمى وأجرة الزيادة – أي بدل النقصان الزائد بحمل الحنطة عن حمل الشعير –؛ لأنه استوفى ما استحقه وزيادة فأشبه ما إذا استأجر ظهراً إلى موضع فجاوزه.

وذهب بعض الشافعية إلى أن المسألة على قول واحد وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة. وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع؛ لأنه أخذ شبهاً ممن استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه وشبهاً ممن اكترى أرضاً للزرع فزرع غيرها فخير بين الحكمين[1].

أما الحنابلة فقد قالوا إن على المستأجر أجرة المثل؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فكان كما لو استأجر أرضاً ليزرعها شيئاً فزرع أخرى، فكانت الزيادة غير متميزة فوجب فيها أجرة المثل[2].

الترجيح:

يترجح لي في هذه المسألة مذهب الشافعية والحنابلة، والذي يقضي بأن على المستأجر الضمان مع أجرة المثل؛ لأن وجوب الضمان لحصول التعدي الموجب له، وأما وجوب الأجرة فلأن المخالفة غير متميزة فلم نستطع تقديرها إلا بالرجوع إلى أجرة المثل.

وبذلك نضمن حق المؤجِّر حيث يأخذ قيمة دابته، وأجرة المدة التي بقيت فيها الدابة في يد المستأجر والتي كان يستطيع أن يستفيد المالك منها لو لم تتلف الدابة بتعدي المستأجر. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠٨. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٩، وقد ذكر هذه الأقوال فيمن اكترى أرضاً لزراعة الحنطة فزرع الذرة، ثم قال والطرق جارية فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قطناً، فحمل بقدره حديداً، وكذا كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد.

(٢) انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤، ٩٥.

الحالة الثانية:- الضمان بزيادة القدر المحمول.

بحث الفقهاء مسألة الضمان بزيادة القدر المحمول كمن استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من الحنطة فحمل عليها أحد عشر قفيزاً، من عدة جوانب.

ذلك أنهم تكلموا عما لو سلمت الدابة مع الزيادة وما يجب على المكتري من الكراء. وما لو تلفت الدابة تحت الحمل الزائد وكون الدابة تطيق الزيادة أو لا تطيقها، وما لو كان صاحبها معها أو انفرد بها المستأجر، ومن يعود عليه الضمان بالزيادة، وكيفية التضمين. وفيما يلي تفصيل القول في كل حالة.

أولاً: إذا سلمت الدابة

اختلف الفقهاء فيما يجب على من اكترى دابة لحمل مقدار مسمى، فزاد عليه وسلمت الدابة على عدة مذاهب:-

الأول: - وهو للحنفية وقالوا: بوجوب المسمى فقط[(١)]؛ لأن المستأجر استوفى المعقود عليه بتمامه وسقط اعتبار الزيادة.

الثاني:- وهو للمالكية[(٢)] والمشهور عند الشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)]، حيث قالوا: إن على المستأجر الكراء الأول ومثل كراء الزيادة بالغاً مابلغ، "لتعديه به"[(٥)].

ذلك أن المستأجر استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى، وزاد فلزمته أجرة

---

(١) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٨. حيث ذكر أن فقهاء الحنفية لم يتعرضوا للأجر إذا سلمت ولم يره صريحاً والقواعد تقتضي أنه يجب المسمى وهو مشابه لمسألة الرديف وقد تقدمت.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٩. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣٨.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٤. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣١٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٢. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٥.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

الزيادة فكان كما لو اشترى قفيزاً فقبض اثنين[(١)].

الثالث:- وهو قول عند الشافعية[(٢)]، وحكاه القاضي عن أبي بكر[(٣)] من الحنابلة أن على المكتري أجرة المثل للجميع[(٤)].

لأن المستأجر عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه مالو استأجر أرضاً فزرع أخرى[(٥)].

---

(١) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٦.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٤.

(٣) أحمد بن محمد بن الحجاج، أبو بكر المعروف بالمروذي. صاحب أحمد بن حنبل، وهو المقدم من أصحاب أحمد لورعه وفضله وكان الإمام أحمد يأنس به وينبسط إليه، وهو الذي تولى إغماضه لما مات وغسله، وقد روى عنه مسائل كثيرة، وأسند عنه أحاديث صالحة. توفي أبوبكر المروذي سنة خمس وسبعين ومائتين. ودفن عند رِجْل الإمام أحمد بن حنبل.
انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٤، ص ٤٢٣. ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، ج١، ص ٥٧.

(٤) انظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٢.
وقد ناقش ابن قدامة هذا القول فقال: "القاضي حكى هذا القول عن أبي بكر حيث أخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة، قال عليه أجرة المثل للجميع؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه مالو استأجر أرضاً فزرع أخرى. فجمع القاضي رحمه الله بين مسألة الخرقي، ومسألة أبي بكر، وقال: ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسألة وجهان.
وليس الأمر كذلك فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً، فإن الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد وهو بخلاف الزرع، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد، وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علله أبوبكر بأنه عدل عن المعقود عليه.
ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى الدابة لمسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد، ولأنه في مسألة الحمل متعد بالزيادة وحدها، وفي مسألة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب" ا.هـ.
المغني، ج٦، ص ٩٢.

(٥) انظر: المرجع السابق. الكافي، ج٢، ص ٣٢٦.

الرابع: وهو قول عند الشافعية ويقول: إن المكري "يتخير بين المسمى وما دخل الدابة من نقص وبين أجرة المثل"[١].

الخامس: وهو قول للشافعية أيضاً: ويقول إن المكري "يتخير بين المسمى وأجرة المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجميع"[٢].

والراجح من هذه الأقوال – والله أعلم – أن على المكتري الكراء المسمى؛ لأنه استوفى المعقود عليه بتمامه فكان عليه دفع أجرته التي تم التعاقد عليها. وأما الزيادة فإن عليه مثل أجرتها؛ لأنه متعد بها.

وفي إسقاط الحنفية لقيمة الزيادة بسلامة الدابة إجحاف بحق المؤجِّر وضرر به، والشريعة قائمة على أن لا ضرر ولا ضرار، ونظراً لأنه لم يحصل اتفاق بين المؤجِّر والمستأجر على هذه الزيادة فإنها تُرد إلى أجرة المثل.

ثانياً:- فإن تلفت الدابة فقد تحدث الفقهاء في هذه المسألة من عدة جوانب.

فقالوا: إن زاد المستأجر على المقدار المشروط وكانت الزيادة يسيرة أي بقدر مايقع من التفاوت بين الكيلين فقد اختلف الفقهاء في حكمها.

فقال المالكية: إن الزيادة إذا كانت لا تعطب بمثلها الدابة لم يضمن المكتري تلف الدابة وإنما عليه الكراء المسمى، ومثل كراء الزيادة بالغاً مابلغ؛ لأن التعدي بزيادة الحمل اليسير الذي لا تعطب الدابة بمثله مستند إلى إذن[٣].

وخالف في ذلك بعضهم حيث قال بالضمان مطلقاً؛ لأن المكري أذن للمكتري بتسيير الدابة على صفة معينة فوجب أن يضمنها إذا سيرها على غير الصفة التي أذن له

(١) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٤، ٣٠٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٠٥.

(٣) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤٣. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣٨، ٤٣٩.

في تسييرها عليها[١].

أما الشافعية فقالوا إن الزيادة اليسيرة لا عبرة بها، بمعنى أنه لا أجرة لها ولا ضمان بسببها[٢].

أما الحنفية فقالوا إن الدابة إذا تلفت بسبب الحمل الزائد فإما أن تطيق الزيادة أو لا تطيقها فإن كانت تطيق ذلك[٣]، ضمن المكتري بقدر الزيادة.

جاء في مجمع الأنهر: " وإن زاد على ماسمى فعطبت الدابة ضمن قدر الزيادة إن كانت تطيق ما حمّلها؛ لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون. والسبب الثقل فانقسم عليهما، حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين مناً يضمن سدس الدابة"[٤]ا.هـ. "لأن التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون وبعضه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون فيه ويجب حصة الباقي، ولأن كل جزء من أجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وإنما يصلح عند الاجتماع، وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان على أجزائها"[٥].

كما يلزمه الضمان سواء تلفت الدابة في يد المستأجر بعد الوصول إلى المكان المقصود غير متأثرة بذلك، أم تلفت قبل المكان المقصود[٦].

---

(١) انظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٩، ص ١٢١.

(٢) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

(٣) لم ينص فقهاء الحنفية على ما لو كانت الزيادة يسيرة يتسامح العرف بها، وإنما تكلموا عن إطاقة الدابة للزيادة وألزموا المكتري بالضمان.

(٤) داماد أفندي، ج٢، ص ٣٧٨. وانظر: الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ١٦.

(٥) الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٨.

(٦) انظر: الفتاوى البزازية، ج٥، ص ٩٨. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٩، المادة ٥٥٩.

ولايقال كيف اجتمع الأجر والضمان؛ لأنهم يقولون إن الأجر في مقابل الحمل المسمى، والضمان في مقابل الزائد[١].

فإن كانت الدابة لا تطيق حمل الزيادة، فقد اختلف فقهاء الحنفية والمالكية في كيفية تضمين المكتري:

فقال الحنفية: إن على المكتري ضمان جميع قيمة الدابة؛ لعدم الإذن في الزيادة، فيكون إهلاكاً أوجب الضمان[٢].

أما المالكية فقالوا إن الزيادة إن كانت مما تعطب به الدابة فربها بالخيار في أن يأخذ كراء مثل مازاد على الدابة بالغاً مابلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له، إن زاد ذلك في أول المسافة، وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار ربها أخذ قيمة الدابة فله قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول،وكذلك في ثلث الطريق، أو ربعه يأخذ ثلث الكراء مع قيمة الدابة، أو ربعه مع القيمة[٣].

أما الشافعية والحنابلة فقد تعرضوا للمسألة من جانب آخر، وهو كون الدابة في يد المكتري أو في يده ومعها صاحبها.

فإن كانت الدابة في يد المكتري بمعنى أنه انفرد بها ولم يكن صاحبها معها فقد اتفق فقهاء الشافعية[٤] والحنابلة[٥] على أن المكتري إذا زاد في القدر المتفق عليه وتلفت

---

(١) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٨.
وقد أشار أن الزيادة في هذه الحالة من جنس المسمى فلو حمل جنساً آخر غير المسمى وجب جميع القيمة كما أشار إلى أن الزيادة حُملت مع المسمى، فلو حمل المسمى ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة.

(٢) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٨. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ١٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٨.

(٣) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣٨. المواق، التاج والإكليل "بهامشه"، ج٥، ص ٤٣٨. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٤٣.

(٤) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٤. المحلي، شرح المحلي على المنهاج، ج٣، ص ٨٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٠. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٥، ٩٦. شمس الدين بن =

الدابة فإنه يضمن الدابة بكامل قيمتها؛ لأنه تعدى عليها فضمن كالغاصب، وإن تلفت بغير الحمل[١].

أما إن كان صاحبها معها، فقد نص الشافعية على أنها إن تلفت بسبب الحمل فإن المكتري يضمن ضمان جناية[٢]. ولكنهم اختلفوا في مقدار ما يضمنه:

فقيل يلزمه كل القيمة[٣]، وهو المذهب عند الحنابلة ونصره الأكثر[٤].

وعللوا ذلك بأن اليد لصاحب الحمل وإن كان صاحب الدابة معها، بدليل أنهما لو تنازعا دابة لأحدهما عليها حمل، والآخر آخذ بزمامها لكانت لصاحب الحمل، ولأن صاحب الحمل متعدٍ بالزيادة، وسكوت صاحبها لايسقط الضمان كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت، ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها[٥].

والقول الآخر عند الشافعية[٦] وهو أحد الوجهين عند الحنابلة[٧] ويقول إن على المكتري ضمان نصف قيمة الدابة؛ لأنها تلفت بمضمون وغيره فقسطت القيمة عليهما، كما لو جرحه واحد جراحة وآخر جراحات[٨].

= قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٠٠.

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٨٤. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٠.

(٢) الفرق بين ضمان اليد وضمان الجناية أن الأول يضمن فيه المكتري مطلقاً سواء حصل التلف بفعله أم بفعل غيره؛ لأن يده تحولت من الأمانة إلى الضمان فيضمن بكل حال. أما ضمان الجناية فلا يضمن إلا إذا تلفت الدابة بالحمل الزائد.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٠. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٦.

(٥) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٠، ٩١.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥. المحلي، شرح المحلي على المنهاج، ج٣، ص ٨٢.

(٧) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٦. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٠١.

(٨) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

والقول الثالث: عند الشافعية إن المكتري يضمن بقدر قسط الزيادة من جملة القيمة، وهو الأظهر(١)؛ لأنه يضمن ضمان جناية فيؤاخذ بقدر جنايته(٢).

ولهذا قال الشافعية إن الدابة إذا تلفت بغير الحمل لم يضمن المكتري شيئاً منها؛ لأن صاحبها معها، وإنما قلنا بضمانه في حالة الزيادة؛ لأنه ضمان جناية(٣).

فإن تلفت بعد إنزال الحمل عنها وتسليمها إلى صاحبها فقد نص فقهاء الحنابلة على أنه ينظر إلى التلف فإن كان بسبب تعبها بالحمل فهي كما لو تلفت تحت الحمل، وإن تلفت بسبب آخر فلا ضمان؛ لأنها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان(٤).

الترجيح:

بعد الإطلاع على آراء الفقهاء في هذه المسألة أقول :

إن الزيادة على القدر المحمول إن كانت يسيرة يتسامح العرف بمثلها فإنه لايتعلق بها ضمان ولا أجر. وإن كانت كثيرة ضمن المكتري التلف الحاصل بسببها، وأما مقدار ما يضمنه فالذي يترجح عندي – والله أعلم – أن عليه ضمان كل القيمة إذا انفرد بها المستأجر؛ لأن يد المستأجر تحولت من يد أمانة إلى يد ضمان بالزيادة، وتلفها وإن كان بفعل مأذون وغير مأذون، إلا أن مجموع الفعلين تسبب في إتلافها. والمتسبب ضامن بالتعدي فوجب الضمان على المكتري، وكذا يضمنها إن كان صاحبها معها؛ لأن المالك إن أذن للمكتري بالزيادة فلا معنى لتضمينه؛ لأن الدابة تلفت بالإذن من مالكها. وإن لم يأذن فإن المكتري يكون متعدياً أتلف مال غيره بدون وجه حق فضمن كالغاصب.

---

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥. المحلي، شرح المحلي على المنهاج، ج٣، ص ٨٢.

(٢) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩١.

ولأنه خالف فحمل الدابة غير المشروط فتعلق بمخالفته الضمان وإن كان صاحب الدابة معها.

أما بالنسبة لوسائل النقل الحديثة فإننا نجد أن أهل الخبرة بها يشيرون بأن لها أوزاناً معينة تحتملها(١) فإن زاد المكتري في الحمل عليها ما يتسامح به فلا يتعلق بذلك ضمان.

أما إن زاد حملاً فوق طاقتها وترتب على ذلك ضرر فإنه يكون ضامناً للضرر الحاصل في العين ويُرجع في القدر الذي يضمنه إلى كلام أهل الخبرة؛ لأن وسائل النقل الحديثة ليست كالدواب إذ أن الدابة إذا هلكت لايمكن الانتفاع ببقية أجزائها في مجال الحمل والركوب. أما الوسائل الحديثة فإن التلف في الغالب لايكون عاماً لجميع أجزائها المنتفع بها فيضمن المكتري بقدر تعديه. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: نظام المرور في المملكة، ص ٣٧ وما بعدها. دليل إجراءات الشحن على الخطوط السعودية، ص ٥.

مسألة: من يعود عليه الضمان بالزيادة على القدر المشروط

تحدث الفقهاء عن مسألة الضمان بالزيادة على المشروط ومن يعود عليه الضمان سواء كان الذي زاد مكتري أم مكري أم أجنبي.

وفيما يلي نعرض لكل صورة من هذه الصور.

الصورة الأولى:- إن حصلت الزيادة من المكتري

إن حصلت الزيادة من المكتري فإن هذا لايخلو من حالات:-

الأولى:- أن يتولى المكتري الكيل والحمل على الدابة، ففي هذه الحالة يعود الضمان عليه بلا خلاف(١).

الثانية: أن يتولى المكتري الكيل ويسلمها إلى المكري فيحملها على الدابة.

ففي هذه الحالة أما أن يكون المكري عالماً بالزيادة أو جاهلاً بها.

فإن كان عالماً بالزيادة فلا ضمان على المكتري، كما هو مقتضى مذهب الحنفية(٢) وقول الشافعية(٣) والحنابلة(٤).

وعلة عدم الضمان أن المكتري فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير(٥). كما أن المكري هو المباشر للحمل فعاد الضمان عليه(٦)؛ لأن المباشر ضامن وإن لم يتعد.

ولم يفرّق الشافعية بين ما لو وضعه المكتري على الأرض فحمله المكري على

---

(١) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٨. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦١. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥.

(٢) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٩، المادة ٥٥٩، ذلك أنهم يقولون بضمان المكري إن كان جاهلاً فمن باب الأولى أن يقولوا بضمانه مع علمه.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥.

(٥) انظر: شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٠٠.

(٦) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٩، المادة ٥٥٩.

البهيمة، وبين أن يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المكري[١].

ولكن هل يثبت للمؤجِّر أجرة الزيادة؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:-

الأول: وهو للشافعية[٢] وأحد الوجهين عند الحنابلة[٣]، وقالوا: إنه ليس للمكري كراء الزيادة لأنه حملها بغير إذن صاحبها فكان غاصباً[٤]. و "لأن المكتري لم يجعل له على ذلك أجراً"[٥] ذلك أنه لم يوجد بينهما عقد على حمل الزيادة فيكون المكري متبرعاً بحملها.

القول الثاني:- وهو الوجه الثاني عند الحنابلة، وقال: "إن للمكري أجرة الزائد؛ لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع، ودخول الحمام من غير تقدير أجرة"[٦].

وهذا الذي أراه راجحاً؛ لأن الفقهاء نصوا على أن الإجارة تنعقد بلفظ الإجارة، أو مايدل على الرضا كالمعاطاة، ولأن المكري كان عالماً بالزيادة وكان له أن يردها فلما قبل بها دل ذلك على رضاه وقرينة الحال تدل على أن رضاه بالزيادة في مقابل الأجر. والله أعلم.

فإن كان المكري جاهلاً بالزيادة فقد اختلف الفقهاء فيمن يعود عليه الضمان على قولين:-

---

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥.

(٢) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦١.

(٣) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٠٠.

(٤) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥ "بتصرف يسير".

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥.

(٦) المرجع السابق.

الأول: وهو للحنفية[١] وقول عند الشافعية[٢] إن الضمان على المكري؛ لأنه المباشر للتلف، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد؛ لأن المباشرة علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلايجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد[٣].

وكان على المكري ألا يثق بقول المكتري من دون كيل الحمل[٤].

القول الثاني:- وهو المذهب عند الشافعية[٥] ومذهب الحنابلة[٦] إن المكتري يضمن؛ "لأن [أعداد][٧] المجهول وتسليمه إلى المؤجِّر بعد عقد الإجارة كالإلجاء إلى الحمل شرعاً فكان كشهادة شهود القصاص"[٨] إذا رجعوا عن شهادتهم بعد تنفيذ القصاص.

والذي يترجح لي -والعلم عند الله- أن الضمان يعود على المكتري دون المكري.

لأن المكري وإن كان هو المباشر للتلف والمكتري متسبب وإذا اجتمع المباشر مع المتسبب أُسند الفعل إلى المباشر، إلا أنه يستثنى من ذلك ما لو كان المتسبب متعدياً والمباشر غير متعد فإنه يسند الفعل إلى المتسبب.

فالمكري حين حمل الزيادة باشر الفعل إلا أنه لم يتعد لجهله بالزيادة، أما المكتري الذي تسبب في التلف فإنه كان عالم بالزيادة فكان متعدياً.

فالمباشر يضمن وإن لم يكن متعدياً فيما إذا كانت مباشرته هي السبب الوحيد في التلف. فإن اجتمع مع المباشر متسبب وكان المتسبب متعدياً والمباشر غير متعد

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٥١.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥.

(٣) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٩، ٨٢، المادة ٥٥٩، ٩٢.

(٤) انظر: المرجع السابق، ج١، ص ٥٤٩، المادة ٥٥٩.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥.

(٧) ولعل الصواب [إعداد].

(٨) الشربيني، ومغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

فحينئذ يُقدم المتسبب على المباشر في الضمان[١].

والمسألة التي معنا من هذا القبيل وهو ماذهب إليه الشافعية في المذهب والحنابلة.

الصورة الثانية: إن حصلت الزيادة من المكري:-

ذكر الفقهاء لهذه الصورة حالتان:

الأولى:- أن يتولى المكري الكيل والحمل، فقد اتفق فقهاء الحنفية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على أن المكري غاصب لا أجر له في حمل الزائد، وإن تلفت الدابة فلا يضمنها المكتري؛ لأنها تلفت بعدوان صاحبها.

ويستوي في ذلك غلط المكري أو تعمده وسواء جهل المكتري الزيادة أم علمها وسكت كما نص على ذلك الشافعية[٥]؛ لأن المكتري لم يأذن للمكري في نقل الزيادة فلا يجب عليه ضمان البهيمة[٦].

الثانية:- لو كال المكري وحمل المكتري فالذي يظهر من كلام الحنفية أن الضمان على المكتري؛ لأنه مباشر للتلف والضمان على المباشر وإن لم يتعمد الفعل[٧].

أما الشافعية فإنهم يفرّقون بين ما لو كان المكري عالماً بالزيادة، أو غير عالم.

---

(١) انظر: محمد تقي العثماني، قواعد ومسائل في حوادث السير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي، العدد الثامن، ج٢، ص ١٩٣.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٥١.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦١. المحلي، شرح المحلي على المنهاج، ج٣، ص ٨٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٩٩.

(٥) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥. المحلي، شرح المحلي على المنهاج، ج٣، ص ٨٢ "بتصرف يسير".

(٦) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

(٧) لم ينص فقهاء الحنفية على هذه المسألة بعينها ولكن يستفاد هذا من قولهم فيما لو كال المكتري وسلّمها إلى المكري فحملها وهو جاهلٌ بها، فقالوا إن الضمان على المكري؛ لأنه المباشر للفعل.

فإن كان عالماً بالزيادة فلا ضمان على المكتري؛ لأن المكري لما علم بالزيادة كان كما لو كال بنفسه وحمل؛ إذ أنه لما علم بالزيادة كان من حقه أن لايحملها[١]، والسكوت في موضع الحاجة بيان.

فإن كان المكري جاهلاً بالزيادة ففي المسألة وجهان "مأخوذان مما لو قدم الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً هل يبرأ من الضمان[٢]"[٣].

أما الحنابلة فإنهم يفرقون بين مالو كان المكتري عالماً بالزيادة ومع ذلك حمل المقدار الزائد من غير أن يأمره المكري وبين ما لو أمره.

فإن حمل بدون أمر المكري فعليه أجر القفيز الزائد.

وإن أمره المكري بحمل الزيادة ففي وجوب الأجر وجهان. قال ابن قدامة: " إن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالماً بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الأجر وجهان: كما لو حمله المكري عليها؛ لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله"[٤]ا.هـ.

---

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥ "بتصرف يسير".

(٢) نص الشافعية في كتاب الغصب على أنه لو قُدم المغصوب إلى مالكه، فأكله جاهلاً بالحال. فإن قسنا المالك على الأجنبي، فإن الأجنبي إذا قُدم له الطعام المغصوب فأكله جاهلاً، فعلى الأظهر المشهور في الجديد أن الضمان على الآكل، وبالتالي يبرأ الغاصب من الضمان. وعلى القول الآخر: لا يبرأ الغاصب من الضمان.
وهنا نقول: إن قلنا في التقديم إلى الأجنبي: القرار على الغاصب، لم يبرأ الغاصب من الضمان، وإلا فيبرأ.
وربما نصر العراقيون القول بان الغاصب لا يبرأ من الضمان. ونقل الإمام عن الأصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل.
انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ١٠٠، ١٠١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

(٤) المغني، ج٦، ص ٩٥، ٩٦. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ١٠٠.
ولم ينصوا على الضمان، والذي يظهر أنهم يقولون بوجوب الضمان في الحالة التي يوجبون فيها الأجر . والله أعلم.

الترجيح:

الذي يترجح عندي أن الضمان يثبت على المكتري إذا علم بالزيادة ولم يأمره المكري بحمل الزيادة؛ لأنه المباشر للتلف وكان بإمكانه أن لا يحملها، فلما حملها دل ذلك على تعديه. والله تعالى أعلم.

الصورة الثالثة:- إن حصلت الزيادة بصنع كل من المكري والمكتري.

بحث الحنفية هذه الصورة وقالوا: إن حصلت الزيادة بصنع كل من المكري والمكتري كأن يحمل الإثنان الحمل ويضعاه على ظهر الدابة معاً وتعطب به ففي هذه الحالة لا يلزم المكتري سوى ضمان مايصيب المقدار الزائد عن الحمل المسمى من قيمة الدابة، أي أن فعل المستأجر يكون موجباً للضمان وفعل صاحب الدابة هدراً(١).

فمثلاً لو أجَّر أحدٌ دابته من آخر ليحمل عليها خمس كيلات حنطة ورفع هو والمكتري عدلاً فيه ست كيلات على ظهر الدابة وهو غير عالم بمقداره وعطبت الدابة فعلى المكتري ضمان نصف سدس(٢) الدابة(٣).

وإذا كان الحمل مقسوماً في غرارتين وحمل المستأجر والآجر على الدابة غرارة واحدة معاً، أو حمَّلها كل منهما غرارة واحدة، وكان المستأجر هو البادئ فلا يلزمه الضمان مطلقاً ويكون ما حمله المستأجر هو المستحق بعقد الإجارة والباقي يكون هدراً. أما إذا حمل المستأجر غرارة بعدما حمل الآجر الثانية، وتلفت الدابة ضمن نصف قيمة الدابة(٤).

---

(١) انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٥١. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٥، المادة ٥٥٩.

(٢) فمثلاً لو كانت الدابة تساوي ١٢٠٠٠ ألف ريال، وتعاقد مع المكري أن يحمل عليها خمس كيلات فحمل هو والمكرى عدلاً فيه ست كيلات فإن مقدار مايضمنه نصف السدس وهو يساوي $\frac{١}{١٢}$ من القيمة، وعلى هذا فإن مقدار مايضمنه من قيمة الدابة بالريالات يساوي ١٢٠٠٠ x $\frac{١}{١٢}$ = ١٠٠٠ ريال، وهو قيمة الضمان للتلف الحاصل في الدابة.

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

(٤) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٥٢. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ١٦.

الصورة الرابعة: - إن كانت الزيادة من صنع الأجنبي.

اختلف قصد الفقهاء في الأجنبي هل هو مستأجِر المستأجَر كما قال الحنفية، أو هو غير العاقدين كما قال الشافعية والحنابلة.

وإليك تفصيل كل حالة؛ لأن لكل حالة حكمها.

أولاً :- مستأجِر المستأجَر:

قال الحنفية إن حصلت الزيادة بفعله لزم الضمان، وللمؤجِّر في هذه الحالة أن يضمّن من شاء، فإذا ضمنّها المستأجر الأول فليس له الرجوع على الثاني، وإذا ضمّنها المستأجر الثاني فله الرجوع على الأول(١).

وقيّد صاحب تكملة البحر الرائق تخيير المالك في التضمين بعلم مستأجِر المستأجَر. حيث قال: "ينبغي أن يفصَّل بأنه إن علم أنه مستأجر لما ذكر ينبغي أن لايرجع على الأول، وإن علم أنه مالك أو لم يعلم ينبغي أن يرجع"(٢)ا.هـ.

ثانياً:- غير العاقدين:

قال الشافعية والحنابلة إذا كال الأجنبي وتولى التعبئة بدون إذن المتكاريين أو علمهما فهو متعد عليهما في الزائد وعليه أجرته للمؤجِّر وردها إلى المكان المنقول منه إن طالبه المستأجر، وعليه ضمان الدابة إذا تلفت(٣).

فإن حمل بعد كيل الأجنبي أحد المتكاريين فعند الشافعية يختلف الحكم بكون

---

(١) انظر: الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ١٦. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٨، المادة ٥٥٩.

(٢) الطوري، ج٨، ص ١٦.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٦. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥.

الحامل عالماً بالزيادة أو جاهلاً بها، وقد سبق تفصيل ذلك[١].

أما الحنابلة فإنهم يقولون بضمان الأجنبي. فإن كاله أحدهما وحمله الأجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله، وإن كاله بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر[٢].

وعلى هذا فإن الأجنبي إذا كان مستأجراً من المستأجِر فإن للمؤجِّر أن يضمن أيهما شاء. وإن كان غير المتكاريين، وحمل بدون إذنهما فهو غاصب عليه الضمان بالتلف، وإن حمله بأمرهما فالضمان على الآمر؛ لأنه المتعدي. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص ٣٠٦.
وقد أشار الشافعية إلى أن الأحكام السابقة تثبت إذا اتفق المتكاريان على أصل الزيادة وأنها للمكتري. فإن اختلفا في أصل الزيادة أو قدرها فالقول قول المنكر؛ لأن الأصل عدم الزيادة. وإن ادعى المكري أن الزيادة له والدابة في يده فالقول قوله، وإن لم يدّعها واحد منهما تركت في يد من هي في يده حتى يظهر مستحقها ولايلزم المكتري أجرتها.
انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٤.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٥، ٩٦.

مسألة: الضمان فيمن اكترى دابة ليحمل عليها فركبها.

اختلف الفقهاء في تضمين من اكترى دابة ليحمل عليها فركبها، على قولين:-

القول الأول: وهو للحنفية حيث قالوا: إن من اكترى دابة للحمل فله الركوب؛ لأن الركوب يسمى حملاً، يقال حمل معه غيره[١].

ولأن الركوب أقل ضرراً من الحمل والرضا بالضرر الأشد رضاً بما يماثله أو ماهو أقل منه[٢].

وقال أبوبكر الرازي[٣] فيمن استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع كذا إلى منزله وكان كلما رجع يركبها فعطبت الدابة، يضمن؛ لأنه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصباً بالركوب.

وقال الفقيه أبوالليث[٤] في الاستحسان، لايضمن؛ لأن العادة جرت بين الناس بذلك فصار مأذوناً فيه[٥].

---

(١) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٤٥، ٤٦.

(٢) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٦، المادة ٥٥٨.

(٣) أحمد بن علي أبوبكر الرازي الجصاص. كان إمام الحنفية في عصره، وهو تلميذ أبي الحسن الكرخي. انتهت إليه رياسة الحنفية في وقته. رحل إليه الطلبة من الآفاق. سمع الحديث من أبي العباس الأصم، وأبي القاسم الطبري. وممن تفقه على يديه أبوعبد الله محمد بن يحيى الجرجاني، وأبوالحسن محمد بن أحمد الزعفراني. وله تصانيف منها: أحكام القرآن، شرح مختصر الكرخي، شرح مختصر الطحاوي. توفي سنة سبعين وثلاثمائة.
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١١، ص ٣١٧. اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ٢٨.

(٤) نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم أبوالليث الفقيه السمرقندي المشهور بإمام الهدى. أخذ عن أبي جعفر الهندواني. وله: "تفسير القرآن"، و"النوازل والعيون"، و "شرح الجامع الصغير". توفي سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة.
انظر ترجمته: اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ٢٢٠. الزركلي، الأعلام، ج٨، ص ٢٧.

(٥) انظر: الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ١٣.

قال ابن عابدين(١) معلقاً على ماسبق: "فالحاصل أنهم اتفقوا على أنها لو للحمل له الركوب، لكن الرازي قيده بأن لايجمع بينهما، والفقيه عممه"(٢) ا.هـ.

أما المجلة فإنها ردت استعمال الدابة المستأجرة للحمل في الركوب إلى العرف، حيث جاء فيها "إذا استكرى أحدٌ دابة يوماً واحداً لينقل عليها من محل حنطة إلى داره فله أن يركب الدابة من داره إلى ذلك المحل في كل مرة ليعود بها إليه ليحملها إذا كان ذلك معتاداً وليس عليه ضمان فيما لو تلفت الدابة في مثل هذه الحالة، أما إذا لم يكن معتاداً فليس له ذلك حينئذ، فإذا ركبها وتلفت ضمن"(٣)ا.هـ.

وبمثل هذا قال المتولي(٤) من الشافعية، حيث أشار إلى أنه "يرجع في ذلك إلى أهل الصنعة فإن قالوا: لا يتفاوت الضرر جاز، وإن قالوا: يتفاوت لم يجز"(٥)ا.هـ.

القول الثاني:- وهو مانقله الكاساني عن الحنفية(٦)، والأصح عند

---

(١) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وأمام الحنفية في عصره. ولد في دمشق سنة ثمان وتسعين ومائة وألف. من أشهر كتبه: "رد المحتار على الدر المختار"، و"العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية"، و "الرحيق المختوم" في الفرائض. توفي بدمشق سنة إثنتين وخمسين ومائتين وألف.
انظر ترجمته: الزركلي، الأعلام، ج٦، ص ٤٢.

(٢) رد المحتار، ج٩، ص ٤٦.

(٣) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٤٠، المادة ٥٥٠، كما ذكرت المجلة أنه إذا جاز استعمال دابة الحمل للركوب فاستعملت للركوب فليس للمستأجر بعد ذلك تحميلها.
انظر: ص ٥٣٩، المادة ٥٥٠.

(٤) عبد الرحمن بن مأمون بن على بن إبراهيم النيسابوري، الشيخ أبوسعد المتولي. ولد سنة ست وعشرين وأربعمائة. تفقه بمرو على الفوراني، والقاضي حسين. وبرع في الفقه والأصول والخلاف. قال عنه الذهبي: "وكان فقيهاً محققاً وحبراً مدققاً". صنف التتمة ولم يكمله، وصنف كتاباً في أصول الدين، ومختصراً في الفرائض، ودرّس بالنظامية. توفي سنة ثمان وسبعين وأربعمائة.
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص ١٣٦. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٤٨.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٦.

(٦) البدائع، ج٤، ص ٢١٢.

الشافعية[١]، ومذهب الحنابلة[٢] وقالوا: بتضمين المستأجر إذا أبدل الحمل بالركوب.

والعلة في ذلك اختلاف الضرر، فإن الراكب وإن كان يعين الظهر بحركته إلا أنه يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر، والمتاع لا معونة فيه لكنه يتفرق على الجنبين[٣].

الترجيح:-

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة وتعليلهم لهذه الأقوال يترجح لي قول الحنفية والمتولي من الشافعية والذي يعتبر العرف وكلام أهل الخبرة في القول بالضمان وعدمه.

ذلك أن علة المنع من إبدال الحمل بالركوب هو تفاوت الضرر فإن انعدم هذا التفاوت بقول أهل الخبرة فقد سقط الحكم؛ لإن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

فمثلاً لو اكترى شخص دابة ليحمل عليها مائة إردب[٤] من القمح فجاء شخص يزن أقل من هذا القدر بكثير وركبها وهو يحسن الركوب فلا معنى لتضمينه؛ لأن الضرر أهون بكثير، بل إن الراكب سيعين الظهر بخلاف الحمل.

أما بالنسبة لوسائل النقل الحديثة فإن منها ماهو مخصص لنقل الأشخاص فلايجوز تحميلها ومنها ماهو خاص بالشحن فهذا لايجوز ركوبه إلا بالقدر المتعارف عليه والمسموح به.

---

(١) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٦. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٤.

(٢) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤. البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ص ٢٦٠.

(٣) انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٦٠.

(٤) الإردب: ذكر ابن كثير في كتابه النهاية في غريب الحديث والأثر أن الإردب مكيال من مكاييل مصر يسع أربعة وعشرين صاعاً. وأما ابن الرفعة في كتابه المكاييل فقد قال إن التجربة تقضي خلاف ذلك. فإن الإردب عندنا: "ست ويبات. وكل ويبة: أربعة أرباع. فجملته أربعة وعشرون ربعاً. والربع أكثر من الصاع بأكثر من الثلث بكثير" إلا أن محقق كتاب المكاييل ذكر أن الإردب الذي يساوي ٢٤ صاعاً شرعية هو الإردب الشرعي الذي كان في زمن الفاروق وعليه فإن الإردب الشرعي يساوي ٥٢,١٤ كيلو غراماً. أما الربع فإنه يعادل جزء من أربع وعشرين جزءاً من الإردب فهو أكبر من الصاع.
انظر فيما سبق: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج١، ص ٣٧. ابن الرفعة، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال، ص ٧٣. وتحقيق محمد الخاروف عليه، ص ٧١، ٧٣.

القسم الثالث: -مسائل مشتركة في ضمان دواب الركوب والحمل.

مسألة: - ضمان المستأجر إذا ضرب الدابة أو لجمها فتلفت.

لا خلاف بين فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على تضمين المستأجر إذا ضرب الدابة المستأجرة أو ألجمها فوق العادة فتلفت من جراء ذلك؛ لأن فعله جناية على ملك الغير فوجب عليه الضمان كالغاصب.[٥]

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تضمين من ضرب الدابة أو لجمها بما جرت به العادة فتلفت بسبب ذلك على قولين:-

الأول:- وهو للإمام أبي حنيفة النعمان[٦]، وقول عند الحنابلة[٧]، ويقضي بتضمين المستأجر إلا إذا أذن له المؤجِّر بالضرب والكبح.

ودليلهم أن المستحق للمكتري بالعقد سير الدابة لاصفة الجودة في هذا السير، والسير لايحتاج إلى الضرب وإنما الذي يحتاج فيه إلى الضرب هو جودة السير، وهذا يفتقر إلى الإذن.

ثم إن المستأجر وإن أُبيح له الضرب فإنما أبيح لمنفعة نفسه وهذا يقيد بشرط السلامة كتعزيز الزوج زوجته، ورمي الرجل إلى الصيد، ومشيه في الطريق، مباحٌ شرعاً ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما إذا أذن له المالك فيها نصاً فإنه بعد الإذن فعل

---

(١) المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ٨٦. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٠٤.

(٣) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٨. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٧.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٢، ٣٢٣. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣.

(٥) انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣ "بتصرف يسير".

(٦) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٤. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٩.

المستأجر كفعل المالك[١].

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن المستأجر بمطلق العقد يستفيد الإذن فيما هو معتاد، والضرب والكبح باللجام في السير معتاد، وربما لا تنقاد الدابة إلا به فيكون الإذن فيه ثابتاً بالعرف. ولو أذن فيه نصاً لم يضمن المستأجر به فكذلك إذا كان متعارفاً[٢].

القول الثاني:- وهو قول الصاحبين من الحنفية[٣]، والمالكية[٤] والشافعية[٥]، والمذهب عند الحنابلة[٦]، ويقضي بعدم تضمين المكتري إذا ضرب الدابة أو كبحها بما جرت به العادة، واستدلوا على قولهم بالمنقول والمعقول، فمن المنقول:-

١ - ماروي عن جابر بن عبد الله[٧] رضيَ الله عنه: أنه كان يسير على جملٍ له قد أعيا فمرَّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم فضرَبَهُ، فسارَ سيراً ليس يَسيرُ مثلَهُ. ثم قال: "بِعنيهِ بأُوقيَّةٍ"[٨] فبِعتُه، فاستَثنيتُ حملانَهُ إِلى أهلي. فلمّا قَدِمْنا أَتيتُهُ

---

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٣. البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٦.

(٤) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٠٤.

(٥) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٣.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٢، ١٣٣. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٨.

(٧) جابر بن عبدالله بن عمرو بن حرام الأنصاري السَّلمي، يكنى أبا عبد الله. أحد المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه جماعة من الصحابة، وله ولأبيه صحبة. لم يشهد بدراً ولا أحداً منعه أبوه، فلما مات أبوه لم يتخلف عن رسول الله في غزوة من غزواته. كان له حلقة في المسجد النبوي يؤخذ منه العلم. مات سنة ثمان وسبعين وهو ابن أربعٍ وتسعين سنة. انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج١، ص ٥٤٦. تهذيب التهذيب، ج٢، ص ٣٧.

(٨) الأوقية قديماً عبارة عن أربعين درهماً، وهي في غير الحديث نصف سدس الرطل، وهو جزء من اثني عشر جزءاً وتختلف باختلاف اصطلاح البلاد.
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج١، ص ٨٠.

بالجملِ ونَقَدَني ثَمنَهُ ثـمَّ انصرَفـتُ فأَرسـلَ على أثـري. قـال: "مـاكنتُ لآخُـذَ جَمَلَكَ فخُذْ جَمَلَكَ ذلك فهو مالُكَ"[١].

٢ - واستدلوا أيضاً بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "اضربوا الدواب على العثار، ولا تضربوها على النفار"[٢].

"يعني: أنهـا في العثـار سـاهية، فـالضرب يوقظهـا. وفي النفـار: تـزداد بـالضرب نفوراً. فهذا يدل على عموم إباحة الضرب"[٣] في المستأجرة وغيرها.

أما المعقول فقد استدلوا:-

أن للمستأجر أن يفعل مايتوصل به إلى استيفاء حقه إذا كـان معهـوداً. فـإذا لم يتوصل إلى اسـتيفاء المسـير إلا بـالضرب فذلـك مبـاح فعلـى هـذا لاضمـان عليـه إذا لم يتعد[٤]، ولان التلف إذا حصل نتيجة للضرب المعتاد فقد حصل من فعل مستحق فلـم يضمن كما لو تلفت الدابة تحت الحمل[٥].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع من فتح الباري"، ج٥، ص ٦٥٦، كتاب الشروط (٥٤)، باب الشروط في البيع (٤)، رقم الحديث ٢٧١٨، واللفظ له. مسلم، صحيح مسـلم "المطبـوع مع شرح النووي" ج١١، ص ٣٠، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه. السـاعاتي، "الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد"، ج١٥، ص ٥٥، كتاب البيع والكسـب والمعـاش، أبواب الشروط في البيع.

(٢) ابن عدي، الكامل، ج٤، ص ١٦٤٢. الذهبي، مـيزان الاعتـدال، ج٢، ص ٣٧٥. وقـد أوردا هذا الحديث في ترجمة عباد بن كثير الثقفي. وعباد هذا قال عنه الإمام أحمـد بـن حنبـل: دجـال، روى أحاديث كذب لم يسمعها. وقال يحيى بـن معين: ليـس بشـيء. وقـال البخـاري والنسـائي: متروك. فحديثه هذا إن لم يكن موضوعاً فهو ضعيف جداً.
انظر: برهان الدين الحلبي، الكشف الحثيث عمن رمى بوضع الحديث، ص ٢٢٢.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٧.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٧، ٢٥٨.

(٥) ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص ١١٣.

الترجيح:

الذي يترجح لي هو قول الجمهور - الصاحبين من الحنفية[1] والمالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة - وذلك لأن فعل النبي عليه الصلاة والسلام لبعير جابر نص في المسألة، ولأن القواعد تؤيد قول الجمهور إذ أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وضرب الدواب بالقدر المعتاد مما تعارف عليه الناس في القديم والحديث.

ويدخل في هذا الحكم كل أمر يتوصل به إلى الجودة في سير وسيلة النقل بالقدر المعتاد والمعروف بين الناس. والله تعالى أعلم.

---

(١) ذكر في البحر بعد إيراده هذه المسألة: وفي غاية البيان عن التتمة الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما. والصحيح أنه لم يرجع إلى قوليهما؛ لأن أصحاب المتون جروا على قوله بالضمان، فلو ثبت رجوعه لما مشوا على خلافه؛ لأن مارجع عنه المجتهد لم يكن مذهباً له.
انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣٠٩. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٥٣، ٥٤.
هذا وقد قال السرخسي في هذه المسألة: "والقياس ما قاله أبوحنيفة رحمه الله؛ لأنه ضربها بغير إذن مالكها وذلك تعدٍ موجب للضمان" ا.هـ.
المبسوط، ج١٥، ص ١٧٤.

مسألة: الضمان فيمن اكترى مركوباً ليسلك به طريقاً فسلك آخر.

من اكترى دابة، أو سيارة ليركبها في طريق معين، فإن خالف فسلك طريقاً آخر فإن هذا لايخلو من حالتين:-

الأولى:- أن يخالف في الطريق وفي المكان: كمن استأجر سيارة ليركبها إلى الطائف فركب إلى الرياض أو جدة.

الثانية:- أن يخالف في الطريق مع اتحاد المكان: كمن استأجر سيارة ليركبها إلى الطائف سالكاً طريق السيل، فسلك طريق الهدا.

وفيما يلي نفصّل القول في حكم ضمان كل حالة من الحالتين.

أولاً:- إذا خالف في الطريق والمكان.

اتفق فقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] على أنه ليس للمستأجر أن يخالف المكان المعين الذي تكارى المركوب ليسير به إليه إذا كان المكان الثاني أشق من الأول بأن يكون أكثر مسافة، أو أوعر طريقاً، أو أقل أمناً.

فإن فعل فإنه يكون ضامناً للعين إذا تلفت؛لأنه يعد غاصباًللعين حيث صارمخالفاً لاختلاف الطرق إلى[الأمكان] [5] فصاربمنزلة اختلاف الجنس؛لأنه رب طريق يفسد المركوب السيرُ فيه يوماً لصعوبته، وطريقٌ لايفسد المركوبَ السيرُ فيه شهراً لسهولته

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٦، المادة ٥٤٦.

(٢) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٧١. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٦٤.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٠. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص ٣٠٨.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٤. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٠.

(٥) ولعل الصواب [الأماكن].

وعلى هذا يضمن المستأجر بمثل تلك المخالفة[1].

واستثنى المالكية ما لو انتقل المكتري بإذن المكري؛ لإنه صار كما لو ابتدأ عقداً جديداً فجاز[2].

فإن كان المكان الثاني الذي يريد المكتري العدول إليه أقل ضرراً: بأن كان أقصر مسافة وأكثر أمناً، أو أقل حزونة[3]، أو كان مساوياً للأول، فقد اختلف الفقهاء في مثل هذه المخالفة على قولين:-

القول الأول:- وهو للحنفية[4] والمالكية[5] وقول عند الحنابلة[6]، حيث قالوا إنه ليس للمكتري أن يخالف بالركوب إلى غير المكان المعقود عليه وإن ساوى الأول أو كان أقل ضرراً منه فإن تلف المركوب فإنه يكون ضامناً له؛ لأن المستأجر صار مخالفاً بالسير إلى غير المكان المعقود عليه لاختلاف الطرق إلى الأمكان[7] فكان بمنزلة اختلاف الجنس[8]، "ولأن أحوال الطرق تختلف بها الأغراض كخوف الأعداء والغصاب في طريق دون أخرى، وقد يكون العدو لخصوص رب الدابة"[9].

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٢، ص ٢١٥. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٦، المادة ٥٤٦.

(٢) انظر: الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، وحاشية العدوي عليه، ج٧، ص ٤٠.
والذي أراه أن بقية الفقهاء على هذا المسلك لوجود الإذن من المكري، ولأن الإذن أصل في عدم الضمان.

(٣) الحزن: ماغلظ من الأرض، يقال حزن المكان حزناً خشن وغلظ، وحزن المكان حزونةً.
الجوهري، الصحاح، ج٥، ص٢٠٩٨، مادة حزن. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، ص١٧١، مادة " حزن ".
فحزونة الطريق الطريق الغليظ كالطرق الصخرية الصلبة وهو عكس الطريق السهل.

(٤) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥.

(٥) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤١. الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٦٤.

(٦) المرداوي، الانصاف، ج٦، ص ٥٠.

(٧) هكذا في النص ولعل الصواب [الأماكن].

(٨) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥. والمقصود باختلاف الجنس كما لو اكترى لحمل قمح فحمل حديداً.

(٩) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤١.

وبهذا قال ابن قدامة إذا تعلق غرض المكري بالمكان، حيث جاء في المغني: "ويقوى عندي أنه متى تعلق للمكري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول إلى غيرها، ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد في العراق لم يجز الذهابُ بها إلى مصر"[(١)]ا.هـ.

ذلك "أن المكري إذا تعلق غرضه بجهة دون أخرى كان في تفويت غرضه ضرر فلم يجز. كما في حق المكتري فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى إليه لم يجز، وكما لو عين طريقاً سهلاً، أو آمناً، فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك"[(٢)].

القول الثاني:- وهو ما نقله ابن عبد البر عن المالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)]، والصحيح عند الحنابلة[(٥)] وقالوا بجواز سير المكتري إلى غير المكان المعقود عليه إن ساوى الأول، أو كان أقل ضرراً منه.

واستثنى الشافعية من الحكم السابق ما لو شرط المكري على المكتري عدم الإبدال، قال الماوردي: "وإذا استأجر الرجل دابة ليركبها إلى بلد بعينه، فأراد أن يركبها إلى غيره، فإن شرط عليه تسليمها في ذلك البلد لم يجز أن يركب إلى غيره، وإن لم يشرط عليه تسليمها في ذلك البلد لاستئجاره إياها ذاهباً وعائداً، جاز أن يركبها إلى غير ذلك البلد إذا كان على مثل مسافته وكان طريقه مساوياً لطريقه في السهولة والحزونة أو أسهل منه"[(٦)].ا.هـ.

فإن لم يكن بينهما شرط فيجوز الإبدال؛ "لأن المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب"[(٧)]. وبالتالي فلا ضمان عليه؛ لأن

---

(١) ابن قدامة، ج٦، ص ٦٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٧١.
(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٠.
(٥) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٠.
(٦) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٠.
(٧) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٥.

فعله مأذون فيه دلالةً.

الترجيح:

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة يترجح لي - والعلم عند الله - مايلي:-

١ - ليس للمكتري أن يسير بوسيلة النقل إلى غير المكان المعقود عليه إن كان أشد ضرراً منه؛ لأنه في هذه الحالة قد يعرّض وسيلة النقل للخطر، ويلقي به إلى التهلكة كما أنه يستوفي أكثر من حقه فيكون في حكم الغاصب فيضمن التلف والضرر الحاصل في المركوب.

٢ - إن أراد المكتري أن يسير إلى غير المكان المعقود عليه، وكان الثاني مساوياً للأول أو أقل ضرراً منه، جاز له ذلك؛ لأنه يستوفي حقه، ويستثنى من ذلك ما لو شرط المكري على المكتري عدم الإبدال؛ لأن هذا شرط صحيح لاينافي مقتضى العقد، والمسلمون على شروطهم.

وهذا ماذهب إليه الشافعية، وهو أولى مما قواه ابن قدامة، ذلك أن ابن قدامة منع الإبدال لأنه قد يكون للمكري غرض في سير الدابة إلى ذلك المكان، إلا أن المكتري قد لايعلم بغرض المكري فعلى هذا، فإن وجود الشرط يبين للمكتري غرض المكري، وفي هذا مراعاة لمصلحة طرفي العقد.

أما ماذهب إليه الجمهور من الحنفية والمالكية، وقول عند الحنابلة إنه ليس للمكري ذلك فيمكن أن يجاب عليه بأن الحنفية والحنابلة يجيزون للمكتري أن يخالف في الطريق المتفق عليه إن اتحد المكان إن كان الطريق الثاني مساوياً للأول، فنقول أليست هذه المسألة أولى بعدم الجواز لكون المكري عين طريقاً فخالف فيه المكتري، فإن جاز ذلك مع وجود التعيين أفلايجوز في هذه المسألة.

وبناءً عليه فإن للمكتري أن يسير بالدابة إلى غير المكان المعقود عليه إن ساوى الأول في الضرر أو كان أقل ضرراً منه، ويستثنى من ذلك مالو شرط المكري عدم الإبدال، و كان له غرض صحيح في تأجير دوابه إلى ذلك المكان وعلم المكتري بهذا

الغرض، فلايجوز حينئذ الإبدال، وإن لم يكن هناك شرط، كما نص على ذلك ابن قدامة.

ثانياً: إذا خالف في الطريق مع اتحاد المكان:-

قد يستأجر الشخص وسيلة من وسائل المواصلات "دابة، أو سيارة" ليركبه إلى مكان ما، ويكون لهذا المكان عدة طرق، ففي هذه الحالة إما أن لايعين المؤجِّر للمستأجر طريقاً ليسير فيه[1]، أو يعين له طريقاً.

فإن لم يعين له طريقاً فللمستأجر أن يسلك أي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس وبناء عليه فإذا تلفت الدابة بسبب السير في مثل هذه الطرق فلا ضمان على المستأجر[2]، لأنه فعل فعلاً مأذوناً، والجواز الشرعي ينافي الضمان[3].

فإن عين له طريقاً فسلك طريقاً آخر غير الطريق الذي عينه صاحب المركوب، وتلف فهذا لايخلو من حالين:-

الأول:- أن تكون الطرق متفاوتة كما لو كان أحدها أبعد من الطريق التي عينها المؤجِّر، أو أوعر، أو أخوف ففي هذه الاحتمالات الثلاث يكون تعيين الطريق صحيحاً ويكون المستأجر غاصباً بمخالفته ويجب عليه الضمان؛ لأن تعيين الطريق فيها

---

(١) ذكر فقهاء الحنفية أنه يشترط تعيين الطريق الذي تسلكه الدابة إن كان للمكان الواحد طريقان يختلفان في الصعوبة والسهولة أو غيرها، فإن لم يبينا فسدت الإجارة. أما المالكية والشافعية فقد أطلقوا وجوب البيان، حتى إن الشافعية يقولون بفساد عقد الإجارة إذا لم يبين المكري الطريق الذي يريد أن تسلكه الدابة.

أما مجلة الأحكام العدلية فإنها لم تشترط البيان، ولكنها ألزمت المكتري بالسير في الطريق التي يسير فيها الناس، فردت ذلك إلى العرف والعادة.

انظر: الفتاوى البزازية، ج٥، ص ٦٦. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص٥٣٧، المادة ٥٤٧. ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام، ج٢، ص ٢. الشرواني وابن القاسم، حاشيتي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٦.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣١١. على حيدر، درر الحكام، ج١، ص ٥٣٧، المادة ٥٤٧.

(٣) على حيدر، درر الحكام، ج١، ص ١١، المادة ٩١.

مفيد[١]. وهذا ماذهب إليه الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥]، وهو الذي تقتضيه أصول الشريعة.

الحالة الثانية: إذا لم يكن هناك تفاوت بين الطرق، بأن كان الطريق الذي سلكه المستأجر مساوياً أو أسهل من الطريق الذي عينه صاحب المركوب، فقد ذهب الحنفية[٦]، وهو ما يفهم من كلام الشافعية[٧] والصحيح عند الحنابلة[٨] إلى جواز ذلك.

واستثنى الشافعية ما لو شرط المؤجِّر على المستأجر عدم الإبدال. فإن أبدل بعد الشرط فإنه يضمن التلف الحاصل بالعين؛ لأنه يعتبر غاصباً بالمخالفة[٩].

أما المالكية فالذي يظهر من نصوصهم أنهم يمنعون الإبدال مطلقاً سواء كانت الطرق متساوية في الضرر أم متفاوتة لاختلاف الأغراض فيها. وبالتالي فإنه يضمن التلف الحاصل[١٠].

الترجيح:-

بعد الإطلاع على آراء الفقهاء يترجح لي مذهب الجمهور وهو أن للمكتري أن يبدل الطريق بغيرها إن ساوت الأولى في الضرر، إلا إن شرط المؤجِّر عدم الإبدال فإن الشرط يكون لازماً، وبناءً عليه فإن المستأجر يضمن بالمخالفة لأنه صار متعدياً. والله تعالى أعلم.

---

(١) علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص ٥٣٧، المادة ٥٤٧.
(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣١١.
(٣) الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٤٠. الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٦٤.
(٤) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٥.
(٥) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٠.
(٦) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص ٣١١.
(٧) انظر: ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٥.
(٨) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٠.
(٩) انظر: ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٦، ص ١٧٦.
(١٠) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤١. وقد ذكر أن هناك من قال بجواز الدون وقال فيه نظر.

مسألة: فيمن اكترى مركوباً ليسير به إلى مكان معين فجاوزه:-

من اكترى دابة أو سيارة ليسير بها مسافة معينة فجاوزها، فإن هـذا لايخلـو مـن حالين:-

الأول:- أن تسلم الدابة.

الثاني:- أن تتلف.

فإن سلمت فقد اختلف الفقهاء في الواجب على المكتري على ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:- وهو للحنفية وقالوا إنه يجب على المستأجر الأجر المسمى فقط[(١)] و"ليس للآجر طلب زيادة على الأجرة؛ لأن المستأجر يكون قد استوفى المنفعة المعقود عليها ويعد غاصباً في الزيادة"[(٢)].

ومنافع المغصوب عند الحنفية ليست مضمونة؛ لأنها ليست بمال[(٣)] وبالتالي لايجب على الغاصب دفع أجرة مقابل انتفاعه بالمغصوب، ولكن إذا طرأ نقصان على المال باستعماله واستهلك بعض أجزاء العين لزمه ضمان النقصان[(٤)].

ويمكن أن يجاب على هذا القول بأنه كما قدّرنا منفعة المسافة المعقود عليها، فإننا نستطيع أن نقدّر قيمة المسافة الزائدة إذ ما المانع من تقديرها.

فإن قيل إن تقدير المنفعة في المسافة المعقود عليها كان للضرورة لورود عقد الإجارة عليها فتقومت لذلك لا لذاتها، والضرورة تقدّر بقدرها. قلنا "إن العقد لا يجعل

---

(١) انظر: النظام، الفتاوى الهندية، ج٤، ص ٤٩٣. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٥، المادة ٥٤٥.

(٢) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٦، المادة ٥٤٥.

(٣) وقد تقدم الحديث عن أقوال الفقهاء في مالية المنافع ص ١٥٣ ء(ش) (١).

(٤) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٤، المادة ٥٩٦.

ماليس بمالٍ مالاً، ولا ما ليس بمتقوم متقوماً كورود العقد على الميتة والخمر"[١].

كما أن مثل هذا الحكم بعيد عما تقتضيه أصول الشريعة إذ أن الزيادة في المسافة تعدٍ من المستأجر فلا يجوز مكافأته على تعديه بإسقاط الأجرة عنه، وإلا لفتح ذلك باباً لأكل أموال الناس بالباطل.

المذهب الثاني:- وهو مذهب أكثر المالكية حيث قالوا إن المكري يتخير بين أن يأخذ الكراء المسمى مع كراء مثله فيما تعدى فيه ويأخذ الدابة، وبين أن يأخذ الكراء إلى الموضع الذي سماه ويضمِّنه الدابة في الموضع الذي تعدى فيه[٢]. هذا إذا حبسها المكتري بعد زيادة المسافة مدة طويلة، أو حتى تغير سوقها، وإلا فليس له إلا كراء الزيادة[٣].

وقد نوقش هذا القول بأنه قول ضعيف[٤]، "ولأن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة، وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير إليه"[٥].

المذهب الثالث:- روي عن الإمام مالك وطائفة من أصحابه[٦]، والشافعية[٧] والحنابلة[٨]، "إن على المكتري الأجر المسمى وأجرة المثل للزائد؛ لأنه متعد به"[٩].

---

(١) البخاري، كشف الأسرار، ج١، ص ٣٧١.

(٢) انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٨٩. ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٧١.

(٣) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٤٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٤٢.

(٤) انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٧٤.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٨٨.

(٦) ابن عبدالبر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٧١.

(٧) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٢٥. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٢٣.

(٨) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٨٨. البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص ١٨.

(٩) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص ١٨.

وهذا هو الراجح لأنه أعدل الأقوال وأصوبها. واللـه تعالى أعلم.

الحالة الثانية:- أن تتلف الدابة

وهذه المسألة قول الفقهاء في ضمانها هو نفس قولهم فيما لو اكترى دابة لحمل مقدار سمياه فزاد عليه المكتري، وسأكتفي هنا بعرض أقوال الفقهاء دون ذكر التعليلات التي ذكروها حيث سبق ذكرها[(١)].

فالحنفية يقولون إن المستأجر يضمن كل القيمة[(٢)]، مع الأجر المسمى[(٣)].

أما المالكية فإنهم يقولون إن لرب الدابة الكراء الأول مع الخيار في أخذ قيمة كراء الزيادة بالغاً ما بلغ، أو قيمة الدابة يوم التعدي[(٤)]. سواء كانت الزيادة مما تعطب الدابة به أم لا.[(٥)]

وقال ابن القاسم عن مالك: "يضمن في زيادة الميل ونحوه، وأما مثل مايعدل الناس إليه في المرحلة فلا يضمن"[(٦)].

وخالف في ذلك ابن المواز[(٧)] حيث إنه روى أنه ضامن ولو زاد خطوة[(٨)].

---

(١) انظر: ص١٨٧ من هذا البحث.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥.

(٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٥، المادة ٥٤٥.

(٤) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٧١. المواق، التاج والأكليل، ج٥، ص ٤٣٨.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣٩.

(٦) المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٤٣٨.

(٧) محمد بن إبراهيم الإسكندري بن زياد المعروف بابن المواز. تفقه بابن الماجشون، وابن عبد الحكم. وكان راسخاً في الفقه والفتيا، عالماً في ذلك. وله كتابه المشهور الكبير، وهو أجل كتاب ألفه المالكيون وأصحه مسائل، وأبسطه كلاماً وأوعبه، وقد رجحه القابسي على سائر الأمهات ولد سنة ثمانين ومائة، وتوفي سنة تسع وستين ومائتين.
انظر ترجمته: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ٣٣١. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص ٦٨.

(٨) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص ٧٥.

أما الشافعية والحنابلة فقد فصّلوا في المسألة فقالوا إن الدابة التي زاد المكتري في قدر المسافة المتعاقد عليها إما أن ينفرد بها بأن لايكون معها صاحبها، أو لا ينفرد.

فإن انفرد بها ضمن المكتري جميع قيمتها إن تلفت تحت الراكب[١]، وإن تلفت بعد نزول الراكب عنها ضمن إن كان تلفها بسبب تعبها بالسير، وإن كان بسبب آخر غير السير فلا ضمان على المكتري[٢].

فإن كان صاحبها معها فقد قال الشافعية: إن تلفت في حال الركوب ضمن ضمان جناية لا ضمان غصب، وأُختلف في قدر مايلزمه من الضمان على قولين:-

الأول: نصف القيمة.

الثاني:- أن القيمة تقسط على قدر المسافتين في الطول والقصر فيسقط عنه من القيمة قدر ما قابل مسافة الإجارة ويلزمه منها ما قابل مسافة العدوان[٣] [٤].

أما الحنابلة فإنهم يلزمون المكتري ضمان كامل قيمة الدابة، سواء كان تلفها حاصلاً في أثناء الركوب أم بعد النزول وكان تلفها بسبب الزيادة[٥].

فإن لم تتلف الدابة ولكن نقصت قيمتها ففي هذه الحالة يُنظر: "فإن كان نقص قيمتها بغير الركوب لم يضمنه الراكب وإن كان بالركوب فما قابل المباح منه لم يضمنه[٦]، وما قابل المحظور ضمنه[٧]. وسواء كان صاحبها معها أم لا؛ لأنه ضمان جناية"[٨] نص على ذلك الشافعية.

---

(١) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٢٤. البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٨.

(٢) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٢٥. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩١.

(٣) فلو استأجر الدابة أو السيارة ليسير بها مسافة ٢٠٠ كيلو وزاد ٨٠ كيلو، فإن عليه من قيمة الدابة مايقابل مسافة العدوان وهي ٨٠ كيلو.

(٤) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٢٤.

(٥) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩٠، ٩١. البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص١٨.

(٦) أي المسافة المتفق عليها في العقد .

(٧) أي الزيادة التي زادها عدواناً.

(٨) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٢٥.

فرع: فيمن اكترى دابة إلى مسافة معينة فجاوزها ثم عاد إلى الوفاق، هل يبرأ من الضمان؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:- وهو قول أبي حنيفة الأول، وزفر، وعيسى بن أبان[(١)] من الحنفية، وقالوا: إن المستأجر يبرأ من الضمان بالعود إلى الوفاق؛ لأنه كان أميناً فإذا ضمن بالخلاف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً كالمودع. فالعين المستأجرة أمانة في يده بدليل أنها لو هلكت في يده قبل الخلاف لم يضمن، فكانت يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فأشبه الوديعة[(٢)].

وقد نوقش هذا الدليل: بأنّا لا نسلّم أن المستأجر إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ من الضمان كالمودع، بجامع أن كليهما أمينان ونائبان عن المالك؛ لأن المودع مأمورٌ بالحفظ أصالة فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك أي المودع نفسه. وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود. والمقصود أن المستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً، ذلك أن المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصداً أو نصاً وإنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع، فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فإذا جاوزا المحل الذي استأجرا الدابة إليه صارا غاصبين للدابة ودخلت في ضمانهما، والغاصب لا يبرأ من الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد[(٣)].

---

(١) عيسى بن أبان بن صدقة، القاضي، أبوموسى تفقه على محمد بن الحسن. قال عنه هلال بن يحيى: "مافي الإسلام قاض أفقه من عيسى". وولي القضاء بالبصرة عشر سنين، وتوفي بها سنة احدى وعشرين ومائتين له كتب منها: "إثبات القياس" و"اجتهاد الرأي" و"الجامع في الفقه". انظر ترجمته: اللكنوي الهندي، الفوائد البهية، ص ١٥١. الزركلي، الأعلام، ج٥، ص ١٠٠.

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥.

(٣) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٣٥، المادة ٥٤٥.

المذهب الثاني:- وهو قول أبي حنيفة الثاني الذي رجع إليه، وأبي يوسف، ومحمد من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وقالوا: إن المستأجر لا يبرأ من الضمان حتى يسلّمها إلى صاحبها.

ووجه قولهم "أن يد المستأجر يد نفسه؛ لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المؤجِّر، وكذا يد المستعير لما قلنا، وإذا كانت يده يد نفسه فإذا ضمن بالتعدي لا يبرأ من ضمانه إلا برده إلى صاحبه؛ لأنه لا تكون الإعادة إلى المكان المأذون فيه رد إلى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان"[٤]. "فيد المستأجر يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ولم يوجد"[٥].

وقد طعن عيسى بن أبان في هذا الدليل حيث قال: "يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير بدليل أن مؤنة الرد على المالك في الإجارة دون العارية"[٦].

فالمقصود من كلام عيسى بن أبان – والله أعلم – أن المستأجر لو استأجر داراً مثلاً فوجد بها خراباً فأصلحه فإنه يرجع بقيمة الإصلاح على المالك وهذا يفعله المودع بخلاف المستعير فكانت الإجارة في ذلك كالوديعة.

كما أن مؤنة الرد في الإجارة على المالك، وكذا الوديعة بخلاف العارية، وعلى هذا فالإجارة أقرب إلى الوديعة فقياسها عليها أولى. والله تعالى أعلم.

المذهب الثالث:- وهو للمالكية ويقولون إن الزيادة إذا كانت يسيرة أو

---

(١) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥.
(٢) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٢٥.
(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩١. البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ١٨.
(٤) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٥.
(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٩١.
(٦) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٧٣.

جاوز الأمد الذي تكاراها إليه بيسير ثم رجع بها سالمة إلى الموضع الذي تكاراها إليه فماتت أو ماتت في الطريق إلى الموضع الذي تكاراها إليه فليس له إلا كراء الزيادة؛ لأنه في هذه الحالة يكون كالمودع الذي رد ما تسلّفه من الوديعة، وعُلم أن مثل هذه الزيادة لم تعن على قتلها، فهلاكها بعد ردّها إلى الموضع المأذون له فيه كهلاك ما تسلّف من الوديعة بعد ردّه لا محالة.

وإن زاد كثيراً مما فيه مقام الأيام الكثيرة التي يتغير في مثلها سوقها فهو ضامن، إذ أن مثل هذه الزيادة قد أعانت على قتلها[1].

وهذا القول أراه أعدل الأقوال وأقربها إلى الصواب. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٠، ص ٧٥.

المطلب الثاني: ضمان وسائل العمل:

لم يتعرض الفقهاء في كتبهم للحديث عن ضمان وسائل العمل، كما تعرضوا لذلك في وسائل النقل، إلا في مسائل يسيرة.

وقد يكون ذلك بسبب كثرة وسائل العمل وصعوبة حصرها والحديث عن ضمان كل نوع منها.

ولئن كانت هذه الصعوبة في الماضي فإنها في الوقت الحاضر أشد، لاسيما والبشرية تعيش تطوراً عظيماً ونقلة هائلة في نواحيها المادية المختلفة.

لذلك فإنني سأحاول في هذا المطلب جاهدة أن أضع قاعدة عامة لضمان وسائل العمل بناء على أقوال الفقهاء في ضمان وسائل العمل المستخدمة في أزمانهم.

فأقول وبالله التوفيق إن وسائل العمل كثيرة ومتعددة فمنها الدواب المستخدمة لحراثة الأرض أو سقي الزروع أو إدارة الدواليب أو الطحن أو الصيد، ومنها الآلات التي تستخدم لتكسير الأحجار وبناء الدور، وآلات النسخ والطباعة وغيرها.

ومن المعلوم أنه يشترط في إجارة وسائل العمل بيان الشروط التي يتفاوت بها العمل، والتي يفضي الجهل بها إلى المنازعة.

فمثلاً الدابة التي تستأجر لحراثة الأرض لابد من بيان الشروط التي تنفي عنها الجهالة كالعلم بالأرض التي ستحرثها؛ لأن الأراضي تختلف بالصلابة والسهولة، وكثرة الأحجار وقلتها. وكذا ينبغي أن يكون جنس البهيمة معلوماً، وأن يكون العمل معلوماً بالمدة أو مقدار العمل[1].

وكذا بالنسبة للدابة التي تستأجر للصيد ينبغي أن يكون جنس الجارح معلوماً،

---

(١) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٦، ٢٣٧. وانظر: شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٦٤، ٦٥.

وكذا مايُرسل عليه الجارح من الصيد؛ لأن لكل صيد أثراً في إتعاب الجارح[١].

وما يقال في هذه الوسائل يقال في غيرها؛ لأن معرفة الشروط لابد منها لصحة الإجارة وتمامها، ولقطع المنازعة بين الناس وذلك بمعرفة معيار التعدي الذي يوجب الضمان.

وقد نص الفقهاء على أن مخالفة المستأجر لما هو فوق المشروط توجب الضمان، جاء في مجمع الضمانات "استأجر ثوراً ليطحن عليه عشرة مخاتيم بر فطحن أحد عشر مختوماً[٢]، وتلف، أو استأجره ليكرب[٣] عليه جريباً[٤] فكرب جريباً ونصف فهلك ضمن كل قيمته. إذ الطحن يكون شيئاً فشيئاً فلما طحن عشراً انتهى العقد فهو في طحن الحادي عشر مخالف من كل وجه فيضمن كلها"[٥].

وجاء في شرح المجلة: "إذا استأجر ثوراً لفلح ثمانية دونمات[٦] من مزرعة في اليوم وفلح عليه اثني عشر دونماً وهلك الثور لزمته جميع قيمته ولايلزمه شيء من أجرته[٧]"[٨].

---

(١) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٣٨.

(٢) ختم على الطعام والشراب وغيرهما غطى فوهة وعائه بطين أو شمع أو غيرهما حتى لايدخله شيء ولايخرج منه شيء. فهو مختوم.
إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، ص٢١٨، مادة " ختم ".

(٣) كَرَبَ الأَرْضَ: قَلَبَها للحرث.
الرازي، مختار الصحاح، ص ٥٦٦، مادة "كرب". الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٠٢، مادة "كرب".

(٤) الجَريب: الوادي ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض، فقيل فيها جريب، وجمعها أجربة وجُرْبان. ويختلف مقدارها بحسب اصطلاح أهل الأقاليم. وقد ورد في كتاب المساحة للسموْل أن الجريب عشرة آلاف ذراع ونقل عن قدامة الكاتب أن الجريب ثلاثة آلاف وستمائة ذراع.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٣٧، مادة "جرب".

(٥) البغدادي، ص ٢٠.

(٦) الدونم : وحدة لقياس مساحة الأرض تساوي ألف متر.
محمد محمدين، أصول الجغرافيا الزراعية ومجالاتها، ص ٥٠١.

(٧) بناء على قولهم إن الأجر والضمان لايجتمعان.

(٨) على حيدر، ج١، ص ٥٣٨، المادة ٥٤٨.

وقال الماوردي في ضمان دابة الصيد: "فإن شرطا جنساً فأرسله على غيره جاز إن كان مثله أو أقرب. وإن كان أصعب، صار متعدياً وضمن الجارح إن هلك وأجرة تعديه[1].

وهكذا يقال في بقية وسائل العمل أن المستأجر إذا استعملها في غير المشروط مما هو أشد ضرراً عليها فإنه يكون متعدياً يضمن التلف الحاصل بها.

وكذا يضمنها إذا استعملها فوق المقدار المتعارف عليه، قال السرخسي: " وإن تكارى دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسمّ كم يطحن كل يوم فالإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه منفعة الدابة في المدة وذلك معلوم، ولا يضمن إن عطبت من العمل إلا أن يكون شيئاً فاحشاً؛ لأن المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فإذا جاوز ذلك كان مخالفاً ضامناً"[2]ا.هـ.

فإن عين المؤجِّر من يعمل على الوسيلة فخالف فيه المستأجر بأن دفع العين لمن ضرره مثل ضرر المستأجر فقد اختلف الفقهاء في حكم تضمينه على قولين:-

الأول:- وهو للحنفية حيث قسّموا وسائل العمل إلى وسائل لايفيد فيها التعيين، وبالتالي إذا دفع المستأجر العين المؤجّرة إلى من هو مثله في الضرر فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتعد بالدفع.

أما إن كانت الوسيلة يفيد فيها التعيين، فإن المستأجر يضمن بمطلق المخالفة.

قال السرخسي: "وإن استأجر سرجاً ليركبه شهراً فأعطاه غيره فركبه فهو ضامن؛ لأن هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضرُّ به ركوبه ومن لايحسن الركوب عليه يضر به ركوبه وإذا اعتبر التعيين كان ضامناً بالخلاف ولا أجر عليه، وإذا استأجر إكافاً ينقل عليه حنطته شهراً فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء، والجوالق[3] كذلك؛ لأن هذا تعيين غير مفيد"[4]ا.هـ.

---

(١) الحاوي، ج٩، ص ٢٣٨.

(٢) المبسوط، ج١٥، ص ١٨٣.

(٣) الجُوَالِق: وعاءٌ، والجَمْع الجَوَالِق بالفتح والجَوَالِيق.
الرازي، مختار الصحاح، ص ١٠٦، مادة "ج ق".

(٤) المبسوط، ج١٥، ص ١٦٩. وانظر: البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٠.

كما جاء في مجمع الضمانات: "استأجر فأساً وأجيراً ليعمل به له فدفعه إليه فذهب به الإجير . . . . فينبغي أن يقال: لو تفاوت الناس في استعمال الفأس فلابد لصحة الإجارة من تعيين المستعمل كما لو استأجر دابة للركوب فلو عين نفسه يصير مخالفا بدفعه إليه، ولو لم يعين المستعمل عند العقد، فلو استعمل الفأس بنفسه أولاً ثم دفعه إلى الأجير ضمن، ولو دفعه إليه قبل أن يستعمله بنفسه فليس بمخالف ولو استعمله المستأجر بعد ذلك . . . يضمن على ما قرر في مسألة الركوب. ولو لم يتفاوت الناس في استعمال الفأس فالإجارة تصح عيّن المستعمل أولا، ولا يضمن المستأجر بدفعه إلى الأجير سواء دفعه قبل أن يستعمله بنفسه أو بعده"[1].

القول الثاني:- وهو ما يفهم من كلام المالكية والشافعية والحنابلة أن للمستأجر أن يفعل في وسيلة العمل مثل المتفق عليه أو دونه في الضرر، حيث أنهم أطلقوا القول في ذلك ولم يفرقوا بين وسائل النقل وغيرها، فعلى هذا تدخل وسائل العمل في حكم وسائل النقل فلا يضمن المستأجر إلا إذا عمل ماهو أكثر ضرراً. والله أعلم.

خلاصة المسألة:

بعد عرض كلام الفقهاء في حكم ضمان وسائل العمل، ومتى يكون المستأجر ضامناً لها نخرج بخلاصة في هذا المجال، وهي أن المستأجر يضمن وسيلة العمل في الحالات التالية.

١ - إن تعدى عليها، وذلك بأن يعمل عليها فوق القدر المأذون فيه، أو فوق طاقتها أو تجاوز المدة المتفق عليها في الاستعمال.

٢ - إن فرّط في حفظها، وحفظ وسائل العمل يختلف باختلاف طبيعتها، فيرجع في معرفة ضابط التفريط إلى كلام أهل الخبرة بالوسيلة.

٣ - يضمن المستأجر إن دفع الوسيلة إلى غيره إن كان يفوقه في الضرر، أما إن كان

---

(١) انظر: البغدادي، ص ٢٣. وانظر: ابن البزاز الكردري، الفتاوى البزازية، ج٢، ص ٩٣. المطبوع بهامش ج٥ من الفتاوى الهندية.

مساوياً له في الضرر، فينظر إن شرط المؤجِّر على المستأجر أن يعمل على هذه الوسيلة بنفسه وكان له قصد من هذا الشرط كما لو كانت وسيلة العمل فنية ينبغي لمن يستعملها بأن يكون على درجة عالية من الخبرة والمؤهلات العلمية، وكان المستأجر ممن تتوفر فيه هذه الصفات ففي هذه الحالة فإن المستأجر يضمن بمطلق المخالفة؛ لأن للمؤجِّر غرضاً صحيحاً في التعيين، وفي دفع المستأجر الوسيلة لغيره إضرار بالمؤجِّر، والشريعة منعت الإضرار بالآخرين.

فإن لم يشترط عليه أن يستعملها بنفسه، ولكنه شرط أن يكون العامل عليها ذا خبرة في التعامل معها فجاء المستأجر بمن تتوفر فيه الشروط المعتبرة بشهادة أهل الخبرة فلا ضمان عليه؛ لأن هناك كثيراً من وسائل العمل التي لايعلم المتعاقدان من يعمل عليها، ولكن يتعارف الناس على مايجب أن يتوفر في العامل، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[1]. والله أعلم.

---

(١) يدخل في هذا الضابط جميع وسائل العمل الحديثة سواء كانت فاكسات، أو حاسبات آلية أو آلات زراعية، أو أدوات منزلية ، أو أدوات نسخ وطباعة، وبناء مساكن.
حيث يشترط فيمن يتعامل معها أن يكون عالماً بطريقة تشغيلها، فإن دفعها المستأجر لمن لايعلم طريقة العمل عليها فإنه يكون ضامناً، لنسبته إلى التفريط حينئذٍ. وكذا إن تعدى العامل كأن عمل عليها فوق طاقتها .

المبحث الثاني: ضمان العقارات الثابتة

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول:- ضمان الدور والمنازل.

المطلب الثاني:- ضمان الأراضي.

معنى العقارات الثابتة:-

العقار: هو "كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل"[(١)]، "والأرض والضياع"[(٢)]، "وقال بعضهم: وربما أُطلق على المتاع"[(٣)]، "ويقال: في البيت عقارٌ حسنٌ، أي متاعٌ وأداةٌ"[(٤)]، "والجمع: عقارات"[(٥)].

أما الثابت فهو من: "ثبت الشيء يثبت ثبوتاً دام واستقر فهو ثابت"[(٦)].

فالعقار الثابت هو ماكان له أصلٌ ثابت مستقر على الأرض.

المطلب الأول: ضمان الدور والمنازل:-

حكم كراء الدور وضمانها:-

أجمع الفقهاء على جواز كراء الدور والحوانيت، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على إجازة أن يكري الرجل من الرجل داراً معلومة قد عرفاها وقتاً معلوماً بأجر معلوم"[(٧)]ا.هـ.

---

(١) الفيومي، المصباح المنير، ص ١٦٠، مادة "عقر".

(٢) الجوهري، الصحاح، ج٢، ص ٧٥٤، مادة "عقر".

(٣) الفيومي، المصباح المنير، ص ١٦٠، مادة "عقر".

(٤) الجوهري، الصحاح، ج٢، ص ٧٥٤، مادة "عقر".

(٥) الفيومي، المصباح المنير، ص ١٦٠، مادة "عقر".

(٦) المرجع السابق، ص ٣١، مادة "ثبت".

(٧) الإجماع، ص ١٧١. وانظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٧٤. عبد الوهاب البغدادي، =

هذا وقد اختلف الفقهاء في استئجار الدور هل يحتاج أن يذكر مايعمل فيها أو من يسكنها. فقال الشافعية[١] والحنابلة[٢] والحنفية استحساناً[٣]، لا يشترط فيمن استأجر داراً أو حانوتاً[٤] أن يبين مايعمل فيها من سكنى وغيرها.

وعلة ذلك أن المقصود من الدور السكنى ولذلك فإنها تسمى مسكناً وذلك معلوم بالعرف، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص[٥].

فالدور لّما تعارف الناس أنها لا تكترى إلا للسكنى استغني عن ذكرها كإطلاق الثمن في بلد فيه نقدٌ معروفٌ به[٦].

وقال الحنفية في القياس إنه "لايجوز حتى يبين مايعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، كوضع الأمتعة، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لايجوز مالم يبين مايعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس"[٧].

وبهذا قال أبوثور: إنه لايجوز استئجار الدار للسكنى حتى يقول: أبيت تحتها أنا وعيالي؛ لأن السكنى تختلف، ولو اكتراها ليسكنها فتزوج إمرأة لم يكن له أن يُسكنها معه[٨].

= المعونة، ج٢، ص ١٠٨٨. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٩.

(١) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٦٩، ٢٧٠. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٨٤.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٣٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٣.

(٤) الحانوت: دكان البائع، والجمع حوانيت.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٦١، مادة "حانوت".

(٥) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٣٠.

(٦) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩.

(٧) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٣.

(٨) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩.

وقد نوقش هذا القول: بأن ماذكروه لايصح فإن الضرر لايكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولايمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه، ولو أشترط ماذكروه لوجب أن يذكر عدد السكان، وأن لايبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره، ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى دابة للركوب[١].

وبهذا يتبين لنا ضعف هذا القول ورجحان قول الجمهور الذي لايشترط أن يبين المستأجر مايعمل في الدار من سكنى وغيرها؛ لأن هذا هو المتعارف في استئجار الدور أنها للسكنى في الغالب.

وعلى هذا فإن قلنا بعدم لزوم تعيين السكنى أو الساكن "فإن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يستوفيه بنفسه أو نائبه المماثل له في الضرر أو دونه؛ لأن الذي يسكن نائب عن المستأجر في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكّل وكيلاً في قبض المبيع، أو دين له"[٢].

فإن شرط المؤجِّر على المستأجر ألا يسكن الدار غيره لم يصح. نص على ذلك فقهاء المذاهب الأربعة[٣].

"لأن كثرة السكان لاتورث الدار ضرراً بل بالعكس تزيد في إعمارها؛ لأن خراب المساكن بترك سكناها"[٤]. وللمستأجر أن يضع فيها ماجرت عادة الساكن

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٣٠. مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٣١، ٥٢٢. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٠. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٤) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥١٥، المادة ٥٢٨. وانظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٣٠.

بوضعه، من ثياب ومتاع ورحى يد، وتنور خبز(١)، وغيرها مماهو من توابع السكنى ولا ضرر فيه على الدار المستأجرة(٢).

واختلفوا في الدواب فذهب الحنفية(٣) والمالكية(٤) والأذرعي(٥) من الشافعية(٦) إلى أنه يُرجع في ذلك إلى العرف، فإن تعارف الناس على أن الساكن يربط دابته في الدار ولا يسبب ذلك ضرراً بها، أو كان للدابة في الدار المستأجرة مكانٌ معدٌ لها فلا حرج عليه في وضعها.

أما الشافعية(٧) والحنابلة(٨) فقد أطلقوا القول بالمنع؛ "لأن الدواب تروث في الدار فتفسدها"(٩).

والراجح والله أعلم هو قول الحنفية والمالكية؛ لأن العادة محكمة، فإن اعتاد الناس وضع الدواب في المنازل فلا حرج في وضعها، أما إن اعتادوا عدم وضعها

---

(١) هذا يختلف باختلاف الأزمنة وأعراف الناس، ففي مثل عصرنا نجد أن وجود التنور قد يضر بالدار لاسيما إذا كانت الدار شقة. فيستبدل بالتنور ماهو متعارف عليه بين الناس كل بحسب زمانه وبيئته. ويقاس على هذا غيره.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٢. ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٦٩، ٣٧٠. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠٧. ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٢.

(٣) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٢. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٣٧.

(٤) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٢٢.

(٥) أبوالحسن علي بن سليم بن ربيع بن سليمان الأذرعي - الأزرعي - الشافعي. ولد سنة سبع وخمسين وستمائة. وهو قاض من فضلاء الشافعية، تنقل في ولاية الأقضية بمدارس كثيرة مدة ستين سنة. له نظم كثير، منه نظم كتاب "التنبيه" في الفقه، ستة عشر ألف بيت توفي سنة إحدى وثلاثين وسبعمائة.
انظر: ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٤، ص ١٦٢. الزركلي، الأعلام، ج٤، ص ٢٩١.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٤٧.

(٧) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٥. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠٧.

(٨) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٦٠.

(٩) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٨.

فوضعها المستأجر فإنه يكون ضامناً لما ينشأ عنها من التلف.

وعلى هذا فإن تلفت الدار المستأجرة بسبب توابع السكنى التي لا غنى للمستأجر عنها ولم يثبت تعدي المستأجر وتفريطه فلا ضمان عليه، وكذا لو تلفت الدار بالاستعمال المأذون فيه؛ لأن المستأجر غير متعد بمثل هذا.

جاء في المبسوط: "وإذا بنى المستأجر في الدار تنوراً يخبز فيه بإذن رب الدار أو بغير إذنه فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدٍ في هذا التسبب فإن اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير إذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب الدار"[1]ا.هـ.

وجاء في المدونة: "أرأيت إن اكتريت داراً فربطت دابتي في الدار فرمحت فكسرت حائط الدار أو رمحت فقتلت ابن صاحب الدار وهو معي في الدار ساكن أيكون على شئ أم لا؟ قال: لا شيء عليك في قول مالك.

قال: ولقد قال مالك في الرجل يأتي الحانوت ليشتري السلعة فينزل عن دابته ويوقفها في الطريق ليشتري حاجة من الحانوت فتصيب إنساناً: إنه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما فعل مايجوز له، فلما فعل مايجوز له كان ما أصابت العجماء جُباراً وكذلك الذي ربط دابته في الدار حيث يجوز له"[2]ا.هـ.

ويُمنع المستأجر من كل فعل يوهن بناء الدار أو يكون سبباً في الإضرار بها، إلا بإذن صاحبها كما لو جعل في الدار حداداً أو قصاراً[3] أو رحى ثور أو رحى ماء[4] أو

---

(١) السرخسي، ج١٥، ص ١٥٤، ١٥٥. وانظر: القرافي، الذخيرة، ج٥، ص ٥٠٩.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٢١، ٥٢٢. وانظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٥٢.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٢. مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٢٢. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٠. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٥٨.

(٤) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص ١٣٠.

جعلها طاحونة[1] أو مخزناً للطعام أو المتاع[2]؛ لأنه غير متعارف وفيه ضـرر، "لأن الفـأر تنقب الحيطان للوصول إليه"[3]، أو جعل من الدار مصنعاً أو مدرسة[4].

ويقاس على ماسبق كل ما يتعارف عليه الناس أنه مضر بالدار، جـاء في المدونـة "أرأيت إن استأجرت داراً أيكون لي أن أضع فيها ماشئت من الأمتعة، وأدخل فيها مـن الدواب والحيوان ماشئت، وهل يجوز لي أن أنصب فيها الأرحية والحدادين والقصارين؟ قال: نعم مالم يكن ضرراً بالدار أو تكون داراً لاينصب ذلك في مثلها لحسنها ولارتفـاع بنيانها وشأنها عند الناس تكون مبلطة مجصصة فليس لك أن تدخل في ذلـك إلا مـايعلم الناس أن تلك الدار إذا اكتريت يدخل فيها الذي أدخله هذا المتكاري، فأمر الدور على مايعرف الناس فما كان منه ضرر على الدار منع المتكاري ومـالم يكـن منـه ضـرر كـان ذلك جائزاً للمتكاري[5]"[6].

وقد اختلف الفقهاء في كيفية تضمين من اكترى داراً فاستوفى منفعتها بأكثر ممـا اقتضاه العقد، ونظراً لأن قول الفقهاء في هذه المسألة كقولهم في كيفيـة التضمـين فيمـن اكترى أرضاً فتجاوز المأذون فيه إلى ماهو أضر، فأنني سأرجئ الحديث عنها، حتـى أبيّـن حالات استئجار الأراضي ومتى يضمن المستأجر بالمخالفـة ثـم أبيّـن أقـوال الفقهـاء في كيفية التضمين حيث أن الكلام سيكون شاملاً لطريقة التضمين في الدور وفي الأراضي.

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٢. الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٣٨.

(٢) انظـر: الشـربيني، مغـني المحتـاج، ج٢، ص ٣٥٠. البهوتـي، شـرح منتهـى الإرادات، ج٢، ص ٢٦٠.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٢.

(٤) وزارة الأوقاف في دولة الكويت، الموسوعة الفقهية، ج١، ص ٢٧٠.

(٥) يمكن تطبيق كلام الإمام مالك على حياتنا فنحن نجد أن هناك بعض الأحياء الراقية الـتي يتعـارف الناس على أنـه لايمكـن إدخال مواشـي وحيوانـات في مسـاكنها، بخـلاف الأحيـاء الشـعبية، أو مساكن القرى والهجر فإنه من الممكن أن يضع فيها الحيوانات والمواشي وتنور الخبز وغير ذلك.

(٦) مالك بن أنس، ج٣، ص ٥٢٢.

المطلب الثاني: – ضمان الأراضي:–

تمهيـــد :–

حكم كراء الأراضي:–

اختلف الفقهاء في حكم كراء الأراضي بالذهب والفضة على مذهبين:–

الأول:– وهو للحنفية[١] والمالكيـة[٢] والشـافعية[٣] والحنابلـة[٤]، وقـالوا بجـواز كرائها بالذهب والفضة[٥].

واستدلوا بما رواه حَنْظَلَةُ بْنُ قَيْسٍ الأَنصَارِيُّ[٦] قَالَ: "سَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَديـجٍ[٧] عَنْ كِرَاءِ الأَرْاضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ[٨] فَقَالَ: لاَ بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا كَانَ النَّاسُ يُوَاجِـرُوْنَ عَلَـى

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٣. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٤.

(٢) عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٨٨. ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٦٨.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٩١.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٠٥. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.

(٥) واختلف أصحاب هذا القول في كراء الأراضي بغير الذهب والفضة.
وللاستزادة. انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٩١. النووي، صحيح مسلم بشرح النـووي، ج١٠، ص ١٩٨. ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص ٢٩٤.

(٦) حنظلة بن قيس بن عمرو بن حصن بن خلدة الزرقي الأنصاري المدني، روى عن عمـر وعثمـان ورافع بن خديج وغيرهم. وممن روى عنه ربيعة والزهري. قال عنــه الواقـدي: "كـان ثقـة قليـل الحديث". وحكى عن الزهري: "مارأيت من الأنصار أحزم ولا أجود رأياً من حنظلة بن قيس".
انظر ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٣، ص ٥٥.

(٧) رافع بن خديج بن رافع الأنصاري. صحابي جليل، شـهد أُحُـداً ومـا بعدهـا، وصفـين مـع علـي رضي اللـه عنهما. أصابه يوم أحد سهم في ترقوته فقال له رسول اللـه صلى اللـه عليـه وسـلم: "إن شئت نزعت السهم وتركت القطيفة، وشهدت لك يوم القيامة أنـك شـهيد" فاختـار هـذه. وانتقض عليه الجرح سنة أربع وسبعين، فمات وله ست وثمانين سنة.
انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج٩، ص ٤. ابن حجر، الإصابة، ج٢، ص ٣٦٢.

(٨) الوَرِق بكسر الراء: الفضة. وقد تُسكّن.
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٥، ص ١٧٥.

عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمَاذِيَانَاتِ[١] وَأَقْبَالِ الْجَدَاوِلِ[٢] وَأَشْيَاءَ مِنَ الزَّرْعِ فَيَهْلِكُ هذَا وَيَسْلَمُ هذَا، وَيَسْلَمُ هذَا وَيَهْلِكُ هذَا فَلَمْ يَكُنْ لِلنَّاسِ كِرَاءٌ إِلاَّ هذَا فَلِذلِكَ زَجَرَ عَنْهُ فَأَمَّا شَيْءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ فَلاَ بَأْسَ بِهِ"[٣].

المذهب الثاني:- وقال به طاووس بن كيسان[٤]، والحسن البصري، وابن حزم[٥]، وقالوا: إنه لايجوز كراء الأراضي بدنانير، ولا بدراهم، ولا بشئ أصلاً[٦].

---

(١) الماذيانات: جمع ماذِيَان، وهو النهر الكبير، وليست بعربية.
ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٤، ص ٣١٣.

(٢) الجداول: جمع جدول، وهو النهر الصغير.
انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج١، ص ٢٤٨.

(٣) مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٠، ص ٢٠٦، كتاب المساقاة والمزارعة، باب كراء الأرض. أبوداود، سنن أبي داود، ج٣، ص ٢٥٥، ٢٥٦، كتاب البيوع، باب في المزارعة، رقم الحديث ٣٣٩٢.

(٤) طاووس بن كيسان اليماني، أبو عبد الرحمن الحميري الجندي، مولى بحير بن ريسان من أبناء الفرس. ولد سنة ثلاث وثلاثين. قال عنه ابن عباس: "إني لأظن طاووساً من أهل الجنة" روى عن العبادلة الأربعة، وأبوهريرة، وعائشة، وأكثر الرواية عن ابن عباس. وممن روى عنه ابنه عبدالله، ووهب بن المنبه، وسليمان التيمي. توفي سنة ست ومائة، وكان له بضع وتسعون سنة.
انظر ترجمته: ابن الجوزي، صفة الصفوة، ج٢، ص ١٧٠. ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٥، ص٨.

(٥) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبومحمد. ولد سنة أربع وثمانين وثلاثمائة. عالم الأندلس في عصره، وكان في الأندلس خلق كثير ينتسبون لمذهبه يقال لهم "الحزمية". انتقد كثير من العلماء والفقهاء. فتمالأوا على بغضه وأجمعوا على تضليله وحذروا منه. وطارده الملوك فرحل إلى بادية كبْلة فتوفي بها سنة ست وخمسين وأربعمائة. من أشهر مصنفاته: "الفصل في الملل والنحل"، و "المحلى"، و "الإحكام لأصول الأحكام".
انظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ١٨، ص ١٨٤. الزركلي، الأعلام، ج٤، ص ٢٥٤.

(٦) انظر: ابن حزم، المحلى، ج٧، ص ٤٣. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٩١. النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص ١٩٨. ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص ٢٩٤.

واستدلوا على ذلك بما رواه جابرٌ رضي الله عنه قال: كانوا يزرعونها بالثُّلثِ والرُّبعِ والنِّصفِ، فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم: "من كانت لهُ أرضٌ فلْيَزْرَعْها، أو ليَمنحْها، فإن لم يَفعلْ فلْيُمسِكْ أرضه"[١].

وما روي أن ابن عُمَرَ كَانَ يُكْرِي أَرَضِيهِ حَتَّى بَلَغَهُ أَنَّ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ الأَنْصَارِي كَانَ يَنْهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرضِ فَلَقِيَهُ عَبْدُ الله فَقَالَ: يَاابْنَ خَدِيجٍ مَاذَا تُحَدِّثُ عَنْ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي كِرَاءِ الأَرضِ. قَالَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ لَعَبْدِ الله سَمِعْتُ عَمَّيَّ وَكَانَا قَدْ شَهِدَا بَدْراً يُحَدِّثَانِ أَهْلَ الدَّارِ أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرضِ. قَالَ عَبْدُ الله: لَقَدْ كُنْتُ أَعْلَمُ فِي عَهْدِ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ الأَرْضَ تُكْرَى، ثُمَّ خَشِيَ عَبْدُ الله أَنْ يَكُونَ رَسُولُ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّم أَحْدَثَ فِي ذَلِكَ شَيْئاً لَمْ يَكُنْ عَلِمَهُ فَتَرَكَ كِرَاءَ الأَرضِ"[٢].

وقد أجاب الجمهور على الاستدلال بهذه الأحاديث بأن النهي محمول فيها على إذا ما أجّرها بما على الماذيانات، أو بزرع قطعة معينة، أو بالثلث أو الربع، أو نحو ذلك؛ لأن الروايات عن رافع مختلفة[٣]. فتحمل أحاديث النهي عن كراء الارض على الوجه المفضي إلى الغرر والجهالة لا عن كرائها مطلقاً حتى بالذهب والفضة[٤].

وبهذا يتبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائل بجواز كراء الأراضي بالذهب والفضة؛ لأن إعمال الدليلين خير من إهمال أحدهما. والله تعالى أعلم.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٥، ص ٢٩٠، كتاب الحرث والمزارعة (٤١)، باب ماكان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة (١٨)، رقم الحديث ٢٣٤٠ "واللفظ له". مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي، ج١٠، ص ١٩٩، ٢٠٠، كتاب المساقاة والمزارعة، باب كراء الأرض.

(٢) مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٠، ص ٢٠٣، ٢٠٤، كتاب المساقاة والمزارعة، باب كراء الأرض. النسائي، سنن النسائي، ج٧، ص ٤١، كتاب المزارعة.

(٣) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٩٣. النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص ١٩٨.

(٤) انظر: ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص ٢٩٦ "بتصرف يسير".

ضمان الأراضي:-

اشترط الفقهاء لمن اكترى أرضاً أن يبين ما يعمل فيها من زرع أو غرس أو بناء، أو غيره[1].

والسبب في ذلك أن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغراس والزراعة، وضرر هذه الأشياء يختلف، فكان ترك البيان مفضياً إلى الجهالة التي قد تؤدي إلى المنازعة[2].

وقد ذكر الفقهاء حالات كراء الأراضي وحكم كل حالة وما يترتب عليها من أحكام الضمان، وفيما يلي نفصّل القول في كل حالة.

الحالة الأولى:- إن أجّر الأرض وقال: أجّرتكها لتنتفع بها كما شئت، جاز، كما نص على ذلك فقهاء الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية في الأصح[5]، والحنابلة[6]؛ "لأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة"[7]، ولرضاه بأشد الضرر[8].

وحكى البغوي[9] من الشافعية وجهاً بالمنع؛ لأنه كما لو قال بعت عليك عبداً

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٣. الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص ٤٧، ٤٨. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١. ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٠٥.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) البناني، حاشية البناني على شرح الزرقاني، ج٧، ص ٤٩.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٦) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤.

(٧) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٢.

(٨) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٩) الحسين بن مسعود بن محمد. العلامة محي السنة أبو محمد البغوي، ويُعرف بابن الفراء. ولد سنة ست وثلاثين وأربعمائة. تفقه على القاضي حسين. كان ديناً، عالماً، عاملاً على طريقة السلف. قال عنه الذهبي: "كان إمام في التفسير، إماماً في الحديث، إماماً في الفقه" صنف "شرح السنة"، و "معالم التنزيل" و "التهذيب في الفقه". مات سنة ست عشرة وخمسمائة، وله ثمانون سنة. =

من عبيدي[١].

والذي يترجح لي من هذين القولين، هو قول الجمهور؛ لأن المكري رضي بمطلق الضرر فانتفت الجهالة المفضية إلى المنازعة.

وبناء على هذا الجواز فإنه إن حصل تلف أو نقص في العين من جراء البناء، أو الغرس، أو الزرع، لم يضمن المكتري منه شيئاً؛ لأنه فعل ماهو مأذون له بمقتضى عقد الإجارة.

الحالة الثانية:- أن يكتري الأرض للزراعة مطلقاً، فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:-

الأول:- وهو للحنفية[٢] وابن سريج[٣] من الشافعية[٤]، وأحد الوجهين عند الحنابلة[٥]، وقالوا بعدم الجواز.

والعلة في ذلك هو اختلاف تأثير المزروع على الأرض فإن منه مايفسد الأرض

= انظر ترجمته: الأتابكي، النجوم الزاهرة، ج٥، ص ٢٢٤. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٢٨١.

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٣. البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٢.

(٣) أحمد بن عمر بن سريج، القاضي أبوالعباس البغدادي. حامل لواء الشافعية في زمانه، وناشر مذهب الشافعي. تفقّه بأبي القاسم الأنماطي وغيره. وأخذ عنه الفقه خلق من الأئمة. قال عنه الشيخ أبوإسحاق: "كان من عظماء الشافعيين، وعلماء المسلمين". له مصنفات في الفقه على مذهب الشافعي، وله ردود على المخالفين والمتكلمين. ولي قضاء شيراز، وتوفي سنة ست وثلاثمائة عن سبع وخمسين سنة.
انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٤، ص ٢٨٧. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٨٩.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣. وانظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١.

(٥) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.

ومنه ما يصلحها. فإذا ترك البيان صار المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، فلابد من البيان[1].

القول الثاني: وبه قال جمهور الشافعية في الأصح[2]، والوجه الثاني عند الحنابلة[3] أن الكراء يصح، وإن لم يذكر مايزرع؛ "لأنه يجوز استئجار الأرض لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لأنها دونه فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له مادونه. ويخالف الأجناس المختلفة فإنه لايدخل بعضها في بعض.

فإن قيل: لو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب، قلنا: إن إجارة المركوب لأكثر الركاب ضرراً لاتجوز بخلاف المزروع، ولأن للحيوان حرمة في نفسه فلم يجز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض.

فإن قيل: فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلِمَ قلتم إنه يجوز أن يزرعها مايضر بها؟ قلنا: السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من إسكان من يضر بها؛ لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فلهذا جاز"[4].

الحالة الثالثة:- أن يكتري الأرض لزراعة ماشاء:-

إن أجّر الأرض وقال: لتزرعها ماشئت صحت الإجارة، ويزرع ماشاء نص على ذلك الحنفية[5] والشافعية[6]، والصحيح من المذهب عند الحنابلة[7].

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ١٨٣. قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار، ج٩، ص ٨٢، ٨٣.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣. وانظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٠٥. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٧.

(٥) المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ٨٢. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٧٦.

(٦) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤٠١. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤.

قال الماوردي: "إذا استأجرها ليزرعها ما شاء، صح الكراء، وله أن يزرعها جميع أصناف الزرع مما يكثر ضرره أو يقل. فإن زرعها مايكثر ضرره فقد استوفى جميع حقه. وإن زرع مايقل ضرره، فقد استوفى بعض حقه، وسامح ببعضه.

فإن قيل: فهلا بطلت الإجارة، كمالو استأجر دابة ليحمل عليها ماشاء؟.

قيل: الفرق بينهما: أنه قد يشاء أن يحمل على الدابة مالا تحتمله فتهلك، وليس يشاء أن يزرع الأرض مالا تحتمله؛ لأنه إن شاء أن يزرع ماتضعف الأرض عن احتماله هلك الزرع دون الأرض"[1] ا.هـ.

ولأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة[2].

أما الوجه الثاني عند الشافعية وقد ذكره ابن القطان[3]، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة[4]، وقال بالمنع؛ للجهالة فكان كما لو باع عبداً من عبيده[5].

والراجح من هذه الأقوال قول الشافعية والحنابلة أن للمكري أن يأجر أرضه للزرع مطلقاً أو لزرع مايشاء المستأجر؛ لأن هذا يدل على أن المكري أذن للمكتري بمطلق الضرر فانتفت الجهالة، وحُمل قوله على الرضى بأضر الأجناس.

وبناء على هذا الجواز يجوز للمكتري أن يزرع في الأرض أعظم الزرع ضرراً، ولا يترتب عليه ضمان؛ لأن فعله مأذون فيه من قبل المكري. وليس له الغرس ولا البناء[6].

---

(١) الحاوي، ج٩، ص ٣٠٧.

(٢) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ٨٢.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤.

(٥) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.

(٦) لم ينص فقهاء الحنفية والمالكية فيما اطلعت عليه من مصادر على هذه المسألة بعينها ولكن قواعدهم تقتضيها إذ أنهم يمنعون المكتري من زراعة ما ضرره أعظم من ضرر المشروط فمن باب أولى أن يمنعوا المكتري من البناء والغراس في الأرض التي تكترى للزرع. =

والعلة في عدم جواز الغرس أو البناء المخالفة في الضرر.

جاء في الحاوي: "فضرر الغرس أعظم من ضرر الزرع من وجهين:-

أحدهما:- أنه أدوم بقاء من الزرع.

والثاني:- أنه أنشر عروقاً في الأرض من عروق الزرع"(١).

وعلى هذا فإنْ غرس المكتري في الأرض التي اكتريت للزرع فإنه يكون ضامناً(٢).

أما البناء فإن ضرره يخالف ضرر الزرع إذا أنه يضر بظاهر الأرض(٣). فيضمن إذا خالف(٤).

الحالة الرابعة:- أن يؤجِّر الأرض لشئ معين، ويُدخل معه ما يشبهه:

إن أجّر المكري الأرض وقال للمكتري: أجّرتك هذه الأرض لزرع الحنطة، وما أشبهها، فللمكتري في هذه الحالة أن يزرع الحنطة وغيرها مما يكون ضرره مثل ضررها أو أقل كالشعير والباقلاء، وليس له أن يزرع فيها ما هو أشد ضرراً بالأرض من ضرر الحنطة كالدخن والقطن؛ لأنه فوقه في الضرر، فإن فعل فإنه يكون ضامناً وهذا محل اتفاق بين الفقهاء(٥).

= انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٥٦. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٧٨. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٩. ابن قدامة، المقنع، ج٢، ص ٢١٠.

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٧.

(٢) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٧. ابن قدامة، المقنع، ج٢، ص ٢١٠.

(٣) وفي الوقت الحاضر أصبح البناء يضر بظاهر الأرض وباطنها.

(٤) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٧، ٣٠٨. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٩.

(٥) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٨١. مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٥٤٣. الشافعي، الأم، ج٤، ص ١٨. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٥، ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٨. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٥.

وكذا الحال فيما لو قال المكري للمكتري أجّرتك هذه الأرض لتزرع فيها الحنطة، ويغفل ذكر ما سوى الحنطة، فيقال فيها كما يقال في المسألة السابقة أن له أن يزرع ماهو مثل الحنطة في الضرر أو دونها وليس له زراعة مافوقه، ولا يتعين ماعينه في قول عامة أهل العلم[١].

"لأن تعيين مايزرع في الأرض هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها للزمه الكراء، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره"[٢].

"فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة، بما تقدرت به في العقد وبغيره جاز. كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزاً غيره، وكما لو استأجرها ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها. ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجِّر ومنفعة يملكها المستأجر، فلما جاز للمؤجِّر أن يستوفي حقه من الأجر كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله، جاز للمستأجر أن يستوفي حقه من المنفعة كيف شاء بزرع الحنطة وغير الحنطة وبإعارتها لمن يزرعها، وبتركها وتعطيلها"[٣].

وقال داود بن علي[٤]: "لايجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٥]،

---

(١) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٢٠. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٨. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٤. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٨.

(٢) عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٨. وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٨.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٤.

(٤) داود بن علي بن خلف، أبوسليمان الفقيه الظاهري. أصبهاني الأصل. ولد سنة واحدة ومائتين سمع سليمان بن حرب، وعمرو بن مرزوق، والقعنبي. قدم بغداد فسكنها وصنف كتبه بها. وهو إمام أصحاب الظاهر، وكان ورعاً ناسكاً زاهداً. توفي سنة سبعين ومائتين.
انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٨، ص ٣٦٩. الزركلي، الأعلام، ج٢، ص ٣٣٣.

(٥) سورة المائدة، آية ١.

فلم يجز العدول عما تضمنه العقد.

وقال: ولأنه لمّا لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها، لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد، كذلك في إجارة الأرض لزرع الحنطة لايجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة"(١).

وقد نوقش هذان الدليلان بأن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ غير صحيح إذ أن مثل الحنطة مما تضمنه العقد بما دللنا(٢).

"وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا في الإجارة، فهو: أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه، لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لايجوز العدول إلى جنسها، والحنطة لا تتعين في عقد الإجارة، وإنما الخلاف في تعيين جنسها. ألا تراه لو استأجرها لزرع حنطة بعينها، جاز له العدول إلى غيرها من الحنطة فكذلك يجوز أن يعدل إلى غير الحنطة"(٣).

وبهذا يترجح قول الجمهور، وبناء عليه فيجوز للمستأجر أن يستبدل المزروع بما هو مثله أو دونه في الضرر، ولا يترتب على مثل هذه المخالفة ضمان؛ لأن هذا في حكم المأذون فيه.

الحالة الخامسة:- إن أكراه الأرض لزراعة شئ معين على أن لايزرع غيره.

اختلف الفقهاء في هذه الحالة.

فقال الشافعية في أحد الأوجه(٤)، وأحد الوجهين عند الحنابلة(٥)، إن الشرط

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٤. وانظر: عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٨. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٧٨.

(٢) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٤. بتصرف يسير.

(٣) المرجع السابق، وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٨.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص٣٠٥. وانظر:المطيعي،التكملة الثانية للمجموع،ج١٥، ص ٥٩.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٨. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٨٩.

باطل؛ لأنه ينافي مقتضى العقد إذ أن العقد يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه أن يستوفي المبيع بنفسه دون غيره.

أما العقد فإنه صحيح؛ لأنه لا ضرر فيه ولا غرض لأحد المتعاقدين؛ لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه[١].

أما الوجه الثاني عند الشافعية[٢] والحنابلة[٣] فيقول بفساد الإجارة؛ لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها[٤].

والوجه الثالث عند الشافعية وقال بجواز الإجارة ولزوم الشرط، وبناء عليه فليس للمستأجر أن يزرع غير الحنطة؛ لأن منافع الإجارة إنما تملك بالعقد على ماسمي فيه. ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس، فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع[٥].

وأصحاب هذا الوجه يضمنون المستأجر إذا خالف فزرع غير المشروط؛ لأنه صار متعدياً بالمخالفة.

الترجيح:

الراجح من هذه الأوجه هو الوجه الأول الذي يرى صحة العقد وبطلان الشرط؛ لأن الشرط المخالف لمقتضى العقد لايلزم منه إبطال العقد لحديث بريرة المشهور[٦].

ولأن اشتراط المكري على المكتري أن لا يستوفي المنفعة إلا بالصورة التي يريدها

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٨. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٨٩.
(٢) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص٣٠٥. وانظر: المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص٥٩.
(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٩. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج٦، ص ٨٩.
(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٥.
(٥) انظر: المرجع السابق. المطيعي، التكملة الثانية للمجموع، ج١٥، ص ٥٩.
(٦) سبق تخريجه.

تعسف في الحق، إذ أن تعيين الزرع لتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً كما أسلفنا. والله تعالى أعلم.

الحالة السادسة: إذا أجرها وقال له: أجّرتك هذه الأرض لتزرعها إن شئت، أو تغرسها إن شئت. ففيه خلاف.

فقال الشافعية في الأصح[١] والصحيح من المذهب عند الحنابلة[٢] بصحة الإجارة. وللمكتري الخيار "بين زرعها إن شاء وبين غرسها، فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز؛ لأنه لما جاز غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز"[٣].

"فالعقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال: لتزرعها ماشئت، ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين، وقوله لتزرعها ماشئت إذن في النوعين وقد صح، فكذلك في الجنسين وله أن يغرسها كلها، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعاً واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا"[٤].

أما ما يقابل الأصح عند الشافعية[٥] وهو أحد الوجهين عند الحنابلة[٦] فقال إن الإجارة لا تصح.

الحالة السابعة:- إن أجّرها وقال: أجّرتكها لتزرعها أو تغرسها.

فقال الشافعية[٧]، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة[٨] أن الإجارة باطلة؛ "لأنه لم

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.
(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٧.
(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨.
(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٦.
(٥) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.
(٦) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.
(٧) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.
(٨) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.

يجعل له الأمرين معاً ولا أحدهما معيناً فصار ما أجّر له مجهولاً"[١] و"لأنه لم يعين أحدهما فأشبه ما لو قال بعتك أحد هذين العبدين"[٢].

أما الوجه الثاني عند الحنابلة فقال بالصحة[٣].

الحالة الثامنة:- إن قال: أجّرتكها لتزرعها وتغرسها. ففيه خلاف.

فأصح الوجهين عند الشافعية[٤]، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة[٥]، وقالوا إن الإجارة باطلة؛ لأنه لمّا لم يخيره بين الأمرين وجمع بينهما، صار مايزرع منها ويغرس مجهولاً[٦].

اما الوجه الثاني عند الشافعية وهو ظاهر كلام الشافعي[٧]، والصحيح عند الحنابلة[٨]، وقالوا بصحة الإجارة.

وعلى هذا فله أن يزرع النصف ويغرس النصف؛ لأن جمعه بين الأمرين يقتضي التسوية بينهما.

فلو زرع جميعها جاز، لأن زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضرراً. ولو غرس جميعها لم يجز؛ لأن غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضرراً، نص على ذلك الشافعية[٩].

"وإن اكرى الأرض للغراس ففيه ماذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها؛ لأن

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨.
(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٦.
(٣) انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.
(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.
(٥) ابن مفلح، الفروع، ج٤، ص ٤٤٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧.
(٦) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨.
(٧) المرجع السابق. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٧٣.
(٨) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ٩٤.
(٩) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٨. "بتصرف يسير".

ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه؛ لأن كل واحد منهما يضر بباطن الأرض. وليس له البناء؛ لأن ضرره مخالف لضرره فإنه يضر بظاهر الأرض.

وإن أكراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع؛ لأن ضررهما يخالف ضرره"[1].

وهكذا يتبين لنا من خلال ماسبق متى يكون المستأجر ضامناً للأرض المستأجرة، ومتى لايكون ضامناً.

فإنه يضمنها إذا خالف في المعقود عليه إلى ماهو أضر، أو فعل مايخالف الضرر المتفق عليه، وفيما عدا ذلك فإنه لايضمن.

والسؤال الذي يُطرح هنا هو: كيف يضمن المستأجر الأرض إذا خالف مخالفة توجب الضمان[2]؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:- وهو للحنفية حيث قالوا: إذا خالف المستأجر في الأرض المكتراة للزرع فزرع ماهو أشد ضرراً وجب عليه قيمة النقصان الذي طرأ على الأرض[3]. "فمن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها برسيماً أو قثاء أو بطيخاً أو باذنجاناً، يكون ضامناً لنقصان الأرض، ولا تلزم المستأجر الأجرة حينئذٍ؛ لأن هذه المزروعات لما كانت كثيرة العروق ومنتشرة في الأرض كثيراً فإنها تمتص من مائها وموادها كثيراً فيصيبها من ذلك ضرر عظيم"[4]. كما أنها مختلفة مع المشروط في الجنس، فلذلك وجب على المستأجر جميع قيمة النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف معه غيره أو زاد في قدر المحمول حيث يجب عليه الضمان بحسابه؛ لأنها تلفت بما هو مأذون وغير مأذون فيجب عليه الضمان بقدر ما تعدى،

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٦٩.

(٢) ويدخل في هذه المسألة طريقة التضمين في الدور والمنازل إذا خالف المستأجر إلى ماهو أضر.

(٣) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٢٠. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٨١.

(٤) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٣٩١، المادة ٣٢٦.

وهذا لأنه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان.

وهنا لايمكن أنْ يُجعل مستوفياً لمنفعة الأرض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليها؛ لأن الجنس مختلف وإنما يُعتبر ذلك عند اتحاد الجنس. ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديداً، أو ملحاً مثل وزنه، يضمن كل القيمة لما قلنا، وهذا نظيره.

وقالوا بعدم لزوم الأجرة عليه؛ لأنه لما خالف صار غاصباً واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الأجرة بالغصب وإنما تجب بالاستيفاء بعقد الإجارة وهما لايجتمعان لاستحالة أن يكون الشئ الواحد مأذون فيه وغير مأذون فيه، ولهذا لا يجتمع الضمان والأجرة[١].

وهذا ماذهب إليه المتقدمون من مشايخ الحنفية، أما المتأخرون فقد استثنوا ثلاثة أشياء ضمنوا فيها الغاصب أجرة المثل، حيث قالوا: إنه يجب أجر المثل على الغاصب إذا كانت الأرض للوقف أو لليتيم أو أعدها صاحبها للاستغلال كالخان[٢].

وقالوا في المخالفة إلى الأضر في سكنى الدار: "إن سلمت الدار فعلى المستأجر الأجر المسمى استحساناً، والقياس أن لايجب عليه؛ لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء.

وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفياً للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة، وهو نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسلمت الدابة فإنه يجب الأجر كذا هذا"[٣].

---

(١) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٢٠، "بتصرف يسير".

(٢) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٨١. الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٢٩٩ وما بعدها. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٢٩٩. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٨٤، المادة ٥٩٦.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٣.

وإن تلفت الدار وجب على المستأجر الضمان؛ لأن المستأجر متعد فيها؛ لأن الانهدام أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى، ولا أجر على المستأجر؛ لأن الأجر والضمان لايجتمعان. هذا إذا تلفت كل الدار فإن تلف بعضها لزمه ضمان ماتلف، وتسقط حصته من الأجرة[1].

ويمكن أن يجاب على قول الحنفية أنه لما كان الزرع الثاني أشد ضرراً من الزرع المشروط، وإسكان الحداد أو القصار أشد ضرراً من إسكان المستأجر فإن فيه استيفاء المنفعة وزيادة فوجب فيه المسمى الذي هو في مقابل المنفعة المتفق عليها، ووجب ضمان قيمة النقصان بزرع مايفوق المشروط في الضرر، أو إسكان من يفوق المستأجر في الضرر لمكان التعدي.

ثم ماهو الدليل على وجوب أجرة المثل إذا كانت الأرض أو الدار مال يتيم، أو وقف، أو معدة للاستغلال وعدم وجوبها في غيرها من الدور والأراضي.

فإن قلتم إن المقصود من استثنائها حفظ أموالهم وقطع الأطماع فيها؛ لأن الناس يعتدون عليها في الغالب.

قلنا إن هذا المقصد مطلوب في كل الأحوال سواء كانت الأموال أموال أيتام، أو أوقاف، أو غيرها؛ لأن الظلم ممنوع وحفظ الأموال مطلوب، ولو كان المال لذمي يعيش في ديار المسلمين.

ولهذا نجد شارح مجلة الأحكام يرى تضمين عموم منافع الأموال، خلافاً للمذهب الحنفي.

حيث يقول: "وللمنافع قيمة كبرى في هذا الزمان كما لو أنشأ أحد بنفسه

---

(١) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١٣. على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص٥١٦، المادة ٥٢٨.

قصراً للاصطياف وكان أجر المثل السنوي لهذا القصر سبعون جنيهاً، فانتهز شخص آخر غياب صاحب القصر وسكنه مدة ثلاث سنوات غصباً، فعلى رأي الأئمة الحنفية لايلزمه أجر. أما عند الشافعية فيلزمه. وبما أن المتأخرون[١] من فقهاء الحنفية قالوا بضمان المنفعة في مال الوقف واليتيم، فيجب على فقهاء عصرنا هذا أن يتشاوروا ويتخذوا قراراً بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الأموال وإن يستحصل على إرادة سنية بالعمل به"[٢]ا.هـ.

المذهب الثاني:- وهو للمالكية[٣] والصحيح من المذهب عند الحنابلة[٤]، وقالوا: إن على المكتري الكراء الأول - المسمى - ومابين الكراءين - أي مابين الكراء المسمى وكراء المثل[٥].

جاء في الذخيرة: "إذا زرع ماهو أضر فعليه الكراء الأول ومابين الكراءين.

... إنما قال ذلك، ولم يقل: عليه كراء الزرع الثاني مع أنه هو الواقع غالباً فإن الشعير إذا كان في العُرف بدينار، والقمح بديناران[٦]، فإنه إنما يستأجر للشعير بدينار في الغالب، فإذا زرع القمح يكون عليه دينار، وهو الكراء الأول، ومابين الكراءين وهو الدينار الذي امتاز به كراء القمح، فيكون المتحصل له ديناران. فلو قال: الكراء الثاني صح، ولا حاجة إلى التطويل، ولكن عدل عنه لحِكمة، وهو أن الكراء الأول قد يكون فيه نزول عن كراء المثل بسب حاجة رب الأرض أو غير ذلك فتضيع تلك الرخص المستفادة من العقد ويبطل موجبه، وكذلك لو وقع بأغلى لحاجة المكتري أو غير ذلك من الأسباب"[٧]ا.هـ.

---

(١) والصواب [المتأخرين].

(٢) على حيدر، درر الحكام، ج١، ص ٥٨٥، المادة ٥٩٦. وانظر: عبد الله الغطيمل، تغير الفتوى: مفهومه وضوابطه، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة"، العدد الخامس والثلاثون، ص ٣٩، ٤٠.

(٣) ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٧٨.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٢.

(٥) انظر: عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١٠٩٨. ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٦.

(٦) والصواب [بدينارين].

(٧) القرافي، ج٥، ص ٤٣١.

وجاء في الكافي: "قال أحمد رضي الله عنه: ينظر مايدخل على الأرض من النقصان مابين الحنطة والشعير، فيعطى رب الأرض. فأوجب المسمى وزيادة؛ لأنه لما عين الحنطة تعلق العقد بما يماثله في الضرر، فصار مستوفياً للمعقود عليه وزيادة"[١]ا.هـ.

وبمثل هذا يكون التضمين في المخالفة إلى الأضر في سكنى الدور والمنازل فيجب على المكتري المسمى، ومابين الكراء المسمى ومثل كراء الزيادة بإسكان الحداد أو القصار؛ لأن الزيادة هنا غير متميزة[٢].

المذهب الثالث:- للشافعية:

وقالوا: إذا تعدى المستأجر على الأرض المكتراة بأن زرع ماهو أضر فإن كان الزرع قائماً في وقت يمكنه فيه الزرع كان لرب الأرض قطع زرعه إن شاء، ويزرعها المكتري مثل الزرع الذي شرط له أو ما لا يضر أكثر من إضراره[٣].

"قال الماوردي: إذا استأجر أرضاً لزرع الحنطة، لم يكن له أن يغرسها ولا أن يزرعها ماهو أكثر ضرراً من الحنطة كالدخن والكتان والذرة، فإن فعل فقد تعدى. ويؤخذ بقلع زرعه لأنه غير مأذون فيه كالغاصب.

وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها إن غصبت أو تلفت بسيل؟ على وجهين:

أحدهما: ... أنه يضمنها؛ لأنه قد صار بالعدول عما استحقه غاصباً، والغاصب ضامن.

والوجه الثاني: وهو الأصح: أنه لايضمن رقبة الأرض، لأن تعديه في المنفعة لا في الرقبة"[٤]ا.هـ.

---

(١) ابن قدامة، ج٢، ص ٣٢٦.

(٢) انظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٢.

(٣) انظر: الشافعي، الأم، ج٤، ص ١٨. "بتصرف يسير". الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٦.

(٤) انظر: الحاوي، ج٩، ص ٣٠٥، ٣٠٦. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٩.

فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالأجرة، فالذي نص عليه الشافعي: أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض، وبين أن يأخذ أجرة المثل.

وقد اختلف أصحابه في تخريج كلامه على قولين:-

الأول: أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى؛ لأن تعدي الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ماهو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها؛ فلما كان بعدوله إلى غير الأرض ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى، فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة[١]. وهذا هو القول الثاني عند الحنابلة[٢].

القول الثاني:- أنه يرجع بالمسمى من الأجرة، وبنقص الضرر الزائد على الحنطة؛ لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد، فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة، فعليه المسمى وأجرة المثل في الزيادة[٣].

وقال بعض الشافعية: إن المسألة على قول واحد، وليس التخيير منه اختلافاً للقول فيها فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمتجاوز بركوب الدابة، وبين أن يفسخ الإجارة ويرجع بأجرة المثل؛ لأنه عيب قد دخل عليه، فجاز أن يكون مخيراً بين المقام أو الفسخ[٤].

ثم ذكر الشافعية أن الطرق السابقة "جارية فيما إذا استأجر داراً ليسكنها فأسكنها الحدادين أو القصارين، ... وكذا كل صورة لايتميز فيها المستحق عما زاد"[٥].

---

(١) انظر: الحاوي، ج٩، ص ٣٠٥، ٣٠٦. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٩.
(٢) انظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٥٢.
(٣) انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٣٠٦، "بتصرف يسير". النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٩.
(٤) انظر: المرجعين السابقين.
(٥) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٨٩.

الترجيح:

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة وما عللوا به أقوالهم يترجح لي قول الشافعية والذي يقضي بتخيير صاحب الأرض بين أخذ المسمى وما نقصت الأرض وبين أجرة المثل.

ذلك أن هذا هو أعدل الأقوال حيث أن فيه مراعاة لمصلحة المتعاقدين، وجمعاً بين الأقوال، لأنه يقول بتخيير صاحب الأرض بخلاف من ألزم المستأجر بقيمة النقصان الذي طرأ على الأرض كما هو مذهب الحنفية.

أو ألزم المستأجر بالكراء الأول ومابين الكراءين كما هو مذهب المالكية والحنابلة. فإن الشافعية قالوا بالتخيير فينظر مالك الأرض إلى ماهو أصلح له . والله تعالى أعلم.

الباب الثاني: ضمان الأجير

وفيه فصلان

الفصل الأول: ضمان الأجير الخاص.

الفصل الثاني: ضمان الأجير المشترك.

الفصل الأول: ضمان الأجير الخاص

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الأجير الخاص.

المبحث الثاني: ضمان الأجير الخاص.

المبحث الأول: تعريف الأجير الخاص.

قسّم الفقهاء الأجير إلى قسمين:-

أجير خاص وأجير مشترك.

تعريف الأجير الخاص:-

اختلفت ألفاظ الفقهاء في تعريف الأجير الخاص، ولم يكن هذا الاختلاف قاصراً على المذاهب، بل إن الخلاف قد يوجد في المذهب الواحد.

١- الأجير الخاص : فقد وردت عن الحنفية عدة تعريفات للأجير الخاص وهي كالتالي: "الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل، كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم"(١).

٢- "الأجير الخاص من استحق الأجر بالوقت دون العمل"(٢).

٣- "من يعمل لواحد"(٣)، "أو يتقبل العمل من الواحد"(٤).

٤- "من يعمل لواحدٍ عملاً مؤقتاً بالتخصيص، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل"(٥).

وهذا التعريف جمع ما تفرق في التعريفات السابقة.

---

(١) المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ١٢٨. الجرجاني، التعريفات، ص ١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤.

(٣) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩٣.

(٤) الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤.

(٥) الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٩٥.

فقولهم: "من يعمل لواحد" أخرج من يعمل لأكثر من واحد، ولا يكون عمله لمستأجره خاصة.

وخرج بقوله "مؤقتاً". من يعمل لواحد من غير توقيت كالخياط إذا عمل لواحد ولم يذكر مدة.

وخرج بقوله "بالتخصيص" نحو الراعي إذا عمل لواحد عملاً مؤقتاً من غير أن يشرط عليه عدم العمل لغيره.

وقيل: لعل المراد من قوله "بالتخصيص" أن لايذكر عموماً سواء ذكر التخصيص أم أهمله، فإن الخاص يصير مشتركاً بالتعميم.

وقوله "وإن لم يعمل" أي إذ تمكن من العمل، فلو سلم نفسه ولم يتمكن من العمل لعذر كمطر ونحوه لا أجر له[1].

أما المالكية فقد قالوا: إن الأجير الخاص هو الذي لم ينصب نفسه للناس[2]، وعمل في منزل المستأجر[3].

أما الشافعية فقد اختلفت عباراتهم في تعريف الأجير الخاص، فمنهم من كان تعريفه له قريباً من تعريف المالكية ولكن بلفظ أدق، فقالوا: إن الأجير الخاص "الذي يكون عمله في يد المستأجر"[4].

ثم بيّنوا معنى ذلك فقالوا: "كرجل دعا صانعاً إلى منزله ليصوغ له حلياً أو يخيط له ثوباً، أو يخبز له خبزاً، أو يبيطر له فرساً، أو يختن له عبداً، فيفرد الأجير بعمله

---

(١) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٩٥. "بتصرف يسير".

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٢٠. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٧٥.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص ١٧٥.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٢.

في منزل المستأجر. فهذا أجير منفرد سواء حضر المستأجر عمله أو لم يحضر، وهكذا لو حمل المستأجر ثوبه إلى دكان الأجير ليخيطه، أو حمل إليه حليه ليصوغه وهو حاضر ويده على ماله، فهذا أجير منفرد، وسواء كان في دكانه عمل لغيره أو لم يكن، فهذان النوعان على السواء في حكم الأجير المنفرد"[(١)].

ومنهم من عرّف الأجير الخاص كتعريف الحنفية فقال: "إنه الذي يعمل للمستأجر ولا يعمل لغيره"[(٢)].

وأضاف بعضهم قيد المدة حيث قالوا: إن الأجير الخاص "هو الذي أجّر نفسه مدة مقدره لعمل، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة"[(٣)].

أما الحنابلة فقد ورد عنهم تعريفان للأجير الخاص فعلى الصحيح من المذهب: أن الأجير الخاص هو الذي يؤجر نفسه مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها سواء سلّم نفسه إلى المستأجر أم لا.

وقيل: هو الذي يسلّم نفسه إلى المستأجر[(٤)].

وقد رجَّح صاحب الإنصاف أنه ليس هناك قولان لتعريف الأجير الخاص وإنما هو قول واحد والعذر لمن قال: هو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر: أنه الواقع في الغالب فأناط الحكم بالغالب، لا أن الذي يؤجر نفسه مدة ولم يسلمها إلى المستأجر لايسمى أجيراً خاصاً. فإن المعنى الذي سمي يشمله[(٥)].

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٢.

(٢) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٤.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٩.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٠. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٨. "وقد ذكر التعريف الثاني". البهوتي، الروض المربع "المطبوع مع الحاشية"، ج٥، ص ٣٣٦.

(٥) انظر: المرداوي، ج٦، ص ٧١.

التعريف المختار:-

من خلال أقوال الفقهاء في تعريف الأجير الخاص، فإني أرى أن أجمع تعريف يقال فيه "أنه من أجَّر نفسه مدة معلومة لجهة معلومة".

شرح التعريف:

أجّر: جنس في التعريف يشمل تأجير النفس والدور وغيرها.

نفسه:- أخرج تأجير الدور والحوانيت وغيرها.

مدة معلومة:- أخرج من يعمل دون تحديد مدة.

لجهة معلومة:- أي يسلّم نفسه لهذه الجهة ليختص عمله بها سواء كانت هذه الجهة شخصاً حقيقياً أم اعتبارياً، فرداً أم جماعة، فقولنا "مدة معلومة لجهة معلومة" يخرج الأجير المشترك.

ولهذا ينبغي أن لا يضاف إلى تعريف الأجير الخاص كونه يستحق الأجرة بتسليم نفسه، أو أنه ليس له أن يتقبل من العامة؛ لأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر، والأجر مقابل بالمنافع؛ لأن مثل هذا يؤول إلى الدور، لأن هذا حكم لايعرفه إلا من يعرف الأجير الخاص(١).

والأولى في التعريف أن يكون قاصراً على بيان حقيقة وماهية المعرّف، ومن ثم يتبين الحكم؛ لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره.

إطلاقات الفقهاء على الأجير الخاص:-

أطلق فقهاء الحنفية على الأجير الخاص لفظ أجير الواحد(٢) - بفتحتين -، وأطلق عليه المالكية لفظ الصانع غير المشترك(٣)، وأطلق عليه الشافعية لفظ

---

(١) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤.

(٢) المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ١٢٩. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤.

(٣) ابن الرحال، كشف القناع عن تضمين الصناع، ص١١٠، ١١١.

الأجير المنفرد[١].

أمثلة على الأجير الخاص:-

يتضح لنا من خلال التعريف المختار للأجير الخاص بعض الأمثلة عليه، فالخادم الذي يعمل في منزل المستأجر يعتبر أجيراً خاصاً، والراعي الذي يرعى غنم لمستأجر واحد دون غيره أو لجماعة معينة دون غيرها ولمدة معلومة يعتبر أجيراً خاصاً، وكذا الطبيب الذي يسلّم نفسه ويعالج المريض في منزله يعتبر أجيراً خاصاً، وكذا السائق، والعامل الذي يعمل في شركة معينة ولايعمل لغيرها يعتبر أجيراً خاصاً.

ويدخل في معنى الأجير الخاص من يعمل في محله كالخباز إذا استأجره شخص ليخبز له مدة معلومة ولا يخبز لغيره، وكذا طحان يطحن للمستأجر وحده ولمدة شهر هكذا وإن كان يطحن في مطحنته.

وقد ذكر الفقهاء ضابطاً يعرف به الأجير الخاص، فقالوا: "إنما يكون الأجير أجيراً خاصاً إذا شرط عليه المستأجر أن لايعمل لغيره كما لو شرط عليه أن لا يرعى غنماً لغيره، أو ذكر المدة أولاً، فإنه جعله خاصاً بأول كلامه حيث ذكر المدة أولاً"[٢].

وقال ابن عابدين في تعليقه على ضابط المدة: "سره أنه أوقع الكلام على المدة في أوله فتكون منافعه للمستأجر في تلك المدة فيمتنع أن تكون لغيره فيها أيضاً"[٣]ا.هـ.

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٢. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٩.

(٢) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٤. وانظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٨١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٢. بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، ص ٢٦٧.

(٣) رد المحتار على الدر المختار، ج٩، ص ٩٦.

المبحث الثاني: ضمان الأجير الخاص

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية على المذهب[٣] والحنابلة على الصحيح من المذهب[٤]، أنه لا ضمان على الأجير الخاص إلا إذا تعدى أو فرّط.

وقد استدل أصحاب هذا القول على عدم تضمين الأجير الخاص فيما يتلف تحت يده، "كما لو انكسرت منه الجرة التي يستقي بها، أو الآلة التي يحرث بها، أو المكيل الذي يكيل به، أو نحوه"[٥].

أن الأجير الخاص تسلّم المال بإذن المالك فلم يضمن ما تلف منه بدون تعدٍ كسراية القصاص والحد[٦].

ولأنه نائب عن المالك في صرف منافع المأجور إلى ما أمر به فلم يضمن من غير تعدٍ، كالوكيل والمضارب[٧][٨].

ولأن الغالب في الأجير الخاص أنه يسلّم نفسه إلى المستأجر، ولا يتسلم منه المال فلا يمكنه الخيانة[٩].

---

(١) السرخسي، المبسوط، ج٨، ص ١٥. الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١١.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٢٠. القيرواني، الفواكه الدواني، ج٢، ص ١٢٧.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ١١٤. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٩.

(٤) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٩. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧١.

(٥) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٦٩.

(٦) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢١. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٦٩.

(٧) المضاربة: مفاعلة من الضرب، وهو السير في الأرض، وفي الشرع: عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر، وهي إيداع أولاً، وتوكيل عند عمله، وشركة إن ربح، وغصب إن خالف، وبضاعة إن شرط كل الربح للمالك، وقرض إن شرط للمضارب.
الجرجاني، التعريفات، ص ٢١٨.

(٨) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٢. "بتصرف يسير".

(٩) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١١. "بتصرف يسير". =

وذهب بعض الشافعية إلى تضّمين الأجير الخاص ذلك أن الشافعي رحمه الله قال: "والأجراء كلهم سواء"[(١)] بمعنى أنه لا فرق بين الأجير الخاص والمشترك من حيث الضمان، فإن قلنا بضمان الأجير المشترك، فكذلك يجب أن نقول بضمان الأجير الخاص.

وهذا قول عند الحنابلة اختاره ابن أبي موسى[(٢)]، وحكى فيه عن الإمام أحمد رواية بتضمّينه ما تلف بأمر خفي لايعلم إلا من جهته[(٣)].

واستدلوا بما روي عن خلاس[(٤)] أن علياً[(٥)] كان

= وقد ذكر الزرقاني معلقاً على عدم تضمين الأجير الخاص: "ثم عدم الضمان في هذه المسائل لاينافي قولهم الخطأ والعمد في أموال الناس سواء؛ لأن الأجير هنا لم يخطئ في الفعل، وإنما نشأ عن حمله أو حمل دابته، وإن فرض جعله كالمتسبب فلا يرد؛ لأن قولهم مقيد بما إذا لم يكن المخطئ أميناً وهو هنا أمين" ا.هـ.
شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٧، ص ٢٧.

(١) الأم، الشافعي، ج٤، ص ٣٨. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٤.

(٢) محمد بن أحمد بن أبي موسى، أبوعلي الهاشمي القاضي:عالي القدر، سامي الذكر، له القدم العالي، والحظ الوافي عند الإمامين: القادر بالله، والقائم بأمر الله. ولد سنة خمس وأربعين وثلاثمائة. سمع من محمد بن المظفر، وأبي الحسين بن سمعون. كان يدرّس ويفتي في جامع المنصور ببغداد. صنف الإرشاد في المذهب، وشرح على الخرقي. توفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة.
انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج١، ص ٣٥٤. ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، ج٢، ص ١٥٦.

(٣) انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٩. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧١. بتصرف يسير.

(٤) خلاس بن عمرو الهجري البصري، بصري، تابعي، ثقة. كان أبوه صحابياً. روى عن عدد من الصحابة منهم علي وعمار بن ياسر، وعائشة وابن عباس. وكان يحيى بن سعيد يتوقى أن يحدِّث عن خلاس عن علي خاصة. وكانوا يخشون أن يكون خلاس يحدِّث عن صحيفة الحارث الأعور. وقال عنه الأزدي "خلاس تكلموا فيه يقال كان صحفياً". مات خلاس قبيل المائة.
انظر ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج٣، ص ١٥٢.

(٥) علي بن أبي طالب الهاشمي، ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي، أبوالحسن. أول الناس إسلاماً في قول كثير من أهل العلم. ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح. وتربى في حجر النبي صلى الله عليه وسلم ولم يفارقه، وشهد معه المشاهد كلها إلا غزوة تبوك.=

يضمّن الأجير[١].

فدل هذا الأثر على أن علياً رضي الله عنه كان يضمّن جميع الأجراء الخاص منهم والمشترك.

كما و"أن الأجير الخاص لايعتبر أميناً إذ أن الأمين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته لا معطي أجراً على شئ مما دفعت إليه وإعطائي هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل"[٢]. كما "وأنه انفرد باليد فأشبه الأجير المشترك"[٣].

وقد نوقش الاستدلال بما رواه خلاس بن عمرو عن علي رضي الله عنه: بأن هذا الأثر مرسل فهو ضعيف والصحيح فيه: أنه كان يضمّن الصباغ والصواغ. فيحمل القول بالضمان على الأجير المشترك لامطلق الأجير جمعاً بين الأدلة[٤].

كما نوقش دليلهم العقلي أن المتعدي هو الذي يضمن بأن يأخذ ماليس له أو يأخذ الشي على منفعة له فيه إما بتسلط على إتلافه كماياخذ سلفاً فيكون مالاً من ماله فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله، وإما مستعيراً سلط على الانتفاع بماأعير له فيضمن لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه، وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو

= وزوجه بنته فاطمة.وكان اللواء بيده في أكثر المشاهد، مناقبه كثيرة حتى قال الإمام أحمد: لم ينقل لأحد من الصحابة مانقل لعلي. وكان أحد أهل الشورى الذين نص عليهم عمر، تولى الخلافة بعد عثمان رضي الله عنهما، قتل في ليلة السابع عشر من شهر رمضان سنة أربعين من الهجرة. انظر ترجمته: ابن كثير، البداية والنهاية، ج٧، ص٣٤٣. ابن حجر، الإصابة ، ج٤، ص٤٦٤.

(١) البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص ١٢٢. ابن حزم، المحلى، ج٧، ص ٣٠.
ثم قال البيهقي بعد ذكره لحديث خلاس عن علي: "وأهل العلم بالحديث يضعّفون أحاديث خلاس عن علي" ا.هـ.
السنن الكبرى، ج٦، ص ١٢٢.

(٢) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٧، ٣٨.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٤.

(٤) انظر: البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ص ٢٦٩.

غير زيادة له، والصانع والأجير من كان ليس في هذا المعنى فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده(١).

الترجيح :

من خلال ماسبق يتبين لنا رجحان قول من ذهب إلى عدم تضمين الأجير الخاص إذا لم يتعد.

ضمان الأجير الخاص إن تعدى:-

إن تعدى الأجير أو فرّط ضمن؛ ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾(٢).

والصانع أو الأجير حرام عليه أكل مال غيره فإن اعتدى على مال غيره لزمه حينئذ أن يُعتدى عليه بمثل عدوانه بأن يضمن قيمة هذا المال، إذ أنه ملزم بحفظ ما استعمل عليه بأجر كان ذلك أو بغير أجر(٣).

كما استدلوا على تضمين الأجير الخاص إذا تعدى أو فرّط بما رواه المغيرة بن شعبة(٤) قال: سمعتُ النبيّ صلى الله عليه وسلم يقول: "إنَّ الله كَرِهَ لكم ثلاثاً: قِيلَ وقال، وإضاعةَ المالِ، وكثرةَ السُّؤالِ"(٥).

والاعتداء على أموال الغير، أو التفريط في حفظها إضاعة للمال.

ولأن المال تلف بتعدي الأجير فوجب عليه الضمان كالغاصب(٦).

(١) انظر: الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٨.

(٢) سورة البقرة، آية ١٨٨.

(٣) انظر: ابن حزم، المحلى، ج٧، ص ٢٩.

(٤) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك الثقفي. يكنى أبا عبد الله. أسلم قبل عمرة الحديبية وشهدها وبيعة الرضوان. كان من دهاة العرب، ولاه عمر البصرة ثم عزله، ثم ولاه الكوفة فأقره عثمان ثم عزله. مات سنة خمسين عند الأكثر.
انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج١، ص٩١. ابن حجر، الإصابة، ج٦، ص١٥٦.

(٥) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٤، ص ١٠٤. كتاب الزكاة (٢٤)، باب قول الله تعالى: ﴿لايَسألونَ الناسَ إلحافاً﴾ (٥٣)، رقم الحديث ١٤٧٧.

(٦) انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٩.

صور لتعدي الأجير الخاص وتفريطه.

جاء في المادة (٦٠٨) من شرح المجلة: "تعدي الأجير هو أن يعمل عملاً أو يتحرك حركة مخالفتين لأمر الآجر صراحة أو دلالة. مثلاً بعد قول المستأجر للراعي الذي هو أجير خاص: أرع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها إلى محل آخر، فإن لم يرعها الراعي في ذلك المحل وذهب بها إلى محل آخر ورعاها يكون متعدياً فإن عطبت الدواب عند رعيها هناك يلزم الضمان على الراعي"[1]ا.هـ.

كما جاء في شرح المجلة: "تقصير الأجير هو قصوره في المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر.

مثلاً إذا فرّ من القطيع رأس غنم لعدم لحاق الراعي له تكاسلاً وإهمالاً فضاع لذلك رأس الغنم فيضمن الراعي لتقصيره. أما إذا كان عدم لحاقه له ناشئاً عن غلبة احتمال ضياع الغنم الباقية لايلزمه ضمان؛ لأنه معذور"[2]ا.هـ.

فالذي يغير يد الأجير الخاص من يد أمانة إلى يد ضمان هو أحد أمرين[3]:-

١ - ترك الحفظ - التقصير -؛ لأن الأجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

٢ - الإتلاف والإفساد فإن الأجير يكون متعدياً إذا تعمده. مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق.

---

(١) علي حيدر، ج١، ص ٦٠٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٠٣.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١١.

(٤) ومن أمثلة ذلك في الوقت الحاضر مالو فرطت الخادمة التي تعمل في البيت فتركت الطعام على النار حتى احترق، أو رفعت حرارة المكواة حتى احترقت الملابس من جراء ذلك .

الفصل الثاني

ضمان الأجير المشترك

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الأجير المشترك.

المبحث الثاني: ضمان الأجير المشترك.

المبحث الثالث: مسائل متعلقة بضمان الأجير المشترك.

المبحث الأول: تعريف الأجير المشترك

وردت عدة تعريفات للأجير المشترك، ومن هذه التعريفات:-

١ - أن الأجير المشترك:- من لايستحق الأجرة حتى يعمل[١].

وهذا التعريف يرد عليه: أنه يؤول إلى الدور؛ لأن هذا حكم لايعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك[٢].

كما يرد مثل هذا الاعتراض على من قال: إن الأجير المشترك: "هو من يعمل لا لواحد، أو يعمل له غير مؤقت أو مؤقتاً بلا تخصيص"[٣].

إذ أن هذا حكم الأجير المشترك، وليس هو بيان لماهية الأجير المشترك وحقيقته. جاء في حاشية ابن عابدين: "وحكمهما: أي المشترك، والخاص أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص؛ لأن المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره، فكان له أن يتقبل من العامة؛ لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه سمي مشتركاً[٤] ا.هـ ومنهم من عرّف الأجير المشترك: بأنه الذي نصب نفسه للناس[٥].

ولعل أولى التعاريف التي قيلت في الأجير المشترك، وذكره كثير من الفقهاء

---

(١) المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ١٢١.

(٢) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩١. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٠.

(٣) الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٨٨. وانظر مثله: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩١. الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٤.

(٤) رد المحتار، ج٩، ص ٨٨، وهو بخلاف الخاص الذي لايمكنه أن يعمل لغير المستأجر؛ لأن منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر .

(٥) ابن الرحال، كشف القناع عن تضمين الصناع، ص ٧٥.

هو: "أن الأجير المشترك هو من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله"[١].

فالأجير المشترك من يرد عقده على عمل كخياطة ثوب، أو بناء حائط، أو حمل شئ إلى مكان معين، أو على أي عمل في مدة لا يستحق المستأجر نفعه في جميعها بحيث يمكنه أن يتقبل أعمالاً لغير المستأجر، ولذلك سمي مشتركاً[٢].

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٣. داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩١. وانظر نحوه: النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٢. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٩. البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ٣٣.

(٢) انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٨٨. ابن الرحال، كشف القناع عن تضمين الصناع، ص ٧٩. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٩. البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ٣٣.

المبحث الثاني: ضمان الأجير المشترك

اتفق الفقهاء على تضمين الأجير المشترك إذا تعدى أو فرّط[١].

إلا أنهم اختلفوا في ضمانه إذا لم يحصل منه تعدٍ أو تفريط، وفيما يلي نستعرض أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم، وما ورد عليها من مناقشة.

المذهب الأول:- وهو قول الإمام أبي حنيفة النعمان[٢]، والحنابلة على الصحيح من المذهب[٣]، حيث ذهبوا إلى عدم تضمين الأجير المشترك، إلا إذا حصل التلف بفعله فإنه يضمن..

جاء في ملتقى الأبحر: "ويضمن ما تلف بعمله اتفاقاً[٤] - كتخريق الثوب من دقه، وزلق الحمال، وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري، وغرق السفينة من مدها"[٥] ا.هـ.

وسواء جاوز فعله المعتاد أم لا[٦].

كما جاء في المغني: "وهو ضامن لما جنت يده فالحائك إذا أفسد حياكته فهو ضامن لما أفسد نص أحمد على هذه المسألة في رواية ابن منصور[٧]، والقصار ضامن لما

---

(١) وقد تقدمت الاشارة إلى أدلة تضمين الأجير إذا تعدى في مبحث "ضمان الأجير الخاص" فيدخل فيه الأجير المشترك إذا تعدى، لوجود علة الحكم.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٥.

(٣) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٢.

(٤) أي باتفاق فقهاء المذهب.

(٥) الحصكفي، ج٢، ص ٣٩٢.

(٦) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩٢.

(٧) إسحاق بن منصور بن بهرام، أبويعقوب الكوسج المروزي، ولد بمرو. سمع من سفيان بن عيينة، ويحي القطان، وغيرهم. روى عنه البخاري ومسلم في الصحيحين، وأبوعيسى الترمذي كان عالماً فقيهاً، وهو الذي دوّن مسائل الإمام أحمد، وقال عنه النسائي: ثقة. مات سنة إحدى وخمسين ومائتين.

انظر ترجمته: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ج٦، ص ٣٦٢. أبويعلى، طبقات الحنابلة، ج١، ص ١٠٦. الآتاباكي، النجوم الزاهرة، ج٢، ص ٣٣٣.

يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمال يضمن مايسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته ..."[1]اهـ.

ويستوي في ذلك ما لو كان المستأجر مع الأجير أو لا. قال ابن قدامة: "ظاهر كلام الخرقي أنه لافرق بين كونه في ملك نفسه، أو ملك مستأجره، أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه، أو كونه مع الملاح أو الحمال أو لا، وكذلك قال ابن عقيل: ما تلف بجناية الملاح بجذفه[2]، أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أم لم يكن معه"[3]ا.هـ.

فأصحاب هذا القول يقولون: إنه لا ضمان على الأجير المشترك إذا لم يكن الهلاك حاصلاً بفعله سواء كان الهلاك مما يمكن الاحتراز عنه كالسرقة، أم مما لايمكن الاحتراز عنه كالحريق الغالب[4]. وهذا مقيد بما إذا لم يحصل منه تعدٍ أو تفريط.

الأدلة:-

استدل أصحاب هذا القول على عدم تضمين الأجير المشترك ما يتلف بغير فعله بما يلي:-

١ - قوله تعالى: ﴿فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ﴾[5].

وجه الاستدلال: "أن الأصل أن لايجب الضمان إلا على المتعدي، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون له في القبض. والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه، ولهذا لايجب الضمان على المودَع"[6].

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٨. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٩.

(٢) الجذاف: مجذاف السفينة أو مجدافها، والجمع مجاديف. يقال جدف الملاح السفينة، وبالسفينة: دفعها بالمجداف، والمجداف : خشبة في رأسها لوح عريض تُدفع به السفينة.
انظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، ص١١١، مادة جدف، ص١١٣، مادة جذف.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٠. وانظر ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١٠٩.

(٤) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٠. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣١. ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٨، ١٢٩. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٣.

(٥) سورة البقرة، آية ١٩٣.

(٦) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٠.

٢ - إن العين أمانة في يد الأجير المشترك؛ لأن القبض حصل بإذن المالك ولهذا لو هلكت في يده بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه، ولو كانت العين في يده مضمونة لضمنها حتى لو كان التلف بسبب لايمكن التحرز عنه كالمغصوبة[(١)].

وأما تضمينه مايتلف بسبب عمله، فقد استدلوا بما يلي:-

١ - ماروي أن عمر بن الخطاب[(٢)] ضمّن الصباغ الذي يعمل بيده[(٣)].

٢ - ماروي عن خلاس أن علياً كان يضمّن الأجير[(٤)].

٣ - ماروي عن جعفر بن محمد[(٥)] عن أبيه عن علي أنه كان يضمّن الصباغ والصائغ، وقال: "لايصلح للناس إلا ذاك"[(٦)].

فحملوا هذه الآثار على تضمين الأجير المشترك مايتلف بفعله؛ لأن وجوب الضمان لجناية يده.

---

(١) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ١٢٢.

(٢) أبوحفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح. أسلم سنة ست من النبوة. قال أهل العلم: لما أسلم عمر عزّ الإسلام بإسلامه. هاجر جهراً وشهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها، وهو أول خليفة دعي بأمير المؤمنين، مناقبه كثيرة.
مات شهيداً وعمره بضع وستون سنة.
انظر ترجمته: ابن الجوزي، صفة الصفوة، ج١، ص١١١. ابن حجر، الإصابة، ج٤، ص٤٨٤.

(٣) عبد الرزاق، المصنف، ج٨، ص ٢١٧، باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده، رقم الأثر ١٤٩٤٩ "واللفظ له". البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص ١٢٢، كتاب الإجارة، باب ماجاء في تضمين الاجراء. ابن حزم، المحلى، ج٧، ص ٣٠.

(٤) سبق تخريجه، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

(٥) جعفر بن محمد بن علي الشهيد أبي عبد الله الحسين بن علي بن أبي طالب بن عبد مناف، القرشي الهاشمي العلوي. ولد سنة ثمانين، ورأى بعض الصحابة. قال عنه الشافعي: ثقة. وقال عنه يحيى بن معين: جعفر بن محمد ثقة مأمون. مات سنة ثمان وأربعين ومائة، وعمره ثمان وستين سنة رحمه الله.
انظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٦، ص ٢٥٥.

(٦) البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص ١٢٢، كتاب الإجارة، باب ماجاء في تضمين الأجراء. "واللفظ له". عبد الرزاق، المصنف، ج٨، ص ٢١٧، باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده، رقم الأثر ١٤٩٤٨.
وقد قال البيهقي في تخريج هذا الأثر: "حديث جعفر عن أبيه عن علي مرسل". ج٦، ص ١٢٢. =

وقد نوقش استدلالهم بهذه الآثار بأنه لم يصح عند أهل الحديث شئ منها.

قال الشافعي: "وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم. وقد روي عن عمر وعلي، وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما، ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمّن الأجراء من كانوا، فيضمن أجير الرجل وحده، والأجير المشترك، والأجير على الحفظ والرعي وحمل المتاع، والأجير على الشئ يصنعه؛ لأن عمر إن كان ضمن الصناع فليس في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمّنهم بأنهم أخذوا أجراً على ماضمنوا، فكل من كان أخذ أجراً فهو في معناهم، وإن كان علي رضي الله عنه ضمّن القصار، والصائغ، فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجرة.

وقد يقال للراعي صناعته الرعية، وللحمال صناعته الحمل للناس، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ماقلت أولاً من التضمين، أو ترك التضمين"[1] ا.هـ.

٤ - كما استدل أصحاب هذا القول على تضمين الأجير المشترك ما يتلف بفعله: "بأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً أيضاً، كالعدوان بقطع عضو بخلاف الأجير الخاص. والدليل على أن عمل الأجير المشترك مضمون عليه: أنه لايستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه. بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شئ فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه"[2].

= وقد ضعفه الألباني في الإرواء، انظر: ج٥، ص ٣١٩.

(١) الشافعي، الأم، ج٤، ص ٣٩.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٩.

٥ – كما استدلوا ايضاً على تضمين الأجير المشترك ما تلف بفعله، أن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضموناً. وهذا لأن الداخل تحت الإذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح؛ لأن الإذن ثبت فيه، لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب، فإذا تلف كان التلف حاصلاً بما ليس بمأذون فيه، فصار كما لو وصف له نوعاً من العمل فأتى بنوع آخر(١).

المذهب الثاني: وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية(٢)، ورواية عن الإمام أحمد(٣)، أن الأجير المشترك ضامن لكل مايمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة، بخلاف مالايمكن التحرز عنه كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر.

قال الكاساني: "وقال أبويوسف ومحمد هو مضمون عليه، إلا حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين. ولو احترق بيت الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير كذا روي عن محمد"(٤)ا.هـ.

ضابط مالا يمكن التحرز منه عند الصاحبين:-

ضابط مالايمكن الاحتراز عنه عند الصاحبين: "هو كل أمر لايقدر الأجير على استدراكه لو علم به"(٥).

حيث يقول الكاساني في علة تضمين الأجير المشترك لما يحترق بالسرج: "لأن هذا ليس بحريق غالب وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به؛ لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع لعذر"(٦)ا.هـ.

---

(١) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٥.
(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣١.
(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٩. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٣.
(٤) البدائع، ج٤، ص ٢١٠.
(٥) عبد الله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ج١، ص ٤٠٨.
(٦) البدائع، ج٤، ص ٢١٠.

وأما بالنسبة لرواية الإمام أحمد فقد قال ابن قدامة: "وروي عن الإمام أحمد إنه قال: إن كان هلاكه بما استطاع ضمن، وإن كان غرقاً أو عدواً غالباً فلا ضمان"[(١)]ا.هـ.

إلا أن ابن قدامة قال إن هذه الرواية "تحتمل أنه إنما يجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة؛ لأنه يُتهم. ولهذا قال في الوديعة في رواية أنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله، فأما غير ذلك فلا ضمان عليه؛ لأن تخصيصه التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لايضمن إذا تلف مع متاعه، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمر غالب"[(٢)]ا.هـ.

والقول بالضمان عند الصاحبين مقيد بما لو انفرد الأجير بالمأجور.

قال الكاساني: "ثم عندهما إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده؛ لأن العين إنما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة، فلما لم يوجد القبض لايجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكباً في السفينة، أو راكباً على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الأجير لا ضمان عليه؛ لأن المتاع في يد صاحبه. وكذلك إذا كان صاحب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين؛ لأن المتاع في أيديهما فلم ينفرد الأجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد"[(٣)]ا.هـ.

وبهذا قال الحنابلة، جاء في المبدع: "ومحل الروايات إذا لم تكن يد المالك عليها، فإن كانت، فلا ضمان بحال"[(٤)]ا.هـ.

ومن خلال ماسبق يتبين لنا الفرق بين قول الإمام أبي حنيفة وصاحبيه في ضمان

---

(١) المغني، ج٦، ص ١٢٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) البدائع، ج٤، ص ٢١٠. وانظر: الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٤.

(٤) ابن مفلح، ج٥، ص ١١٠.

الأجير المشترك. فالإمام أبوحنيفة يرى أنه لاضمان على الأجير المشترك، إلا لما حصل بفعله ولو كان معتاداً، وأما ما حصل بغير فعله فإنه لايضمنه سواء كان مما يمكن الاحتراز عنه أم لا.

أما الصاحبان فإنهما يضمنان الأجير مطلقاً، إلا إن كان التلف حاصلاً من أمر غالب ولم ينفرد الأجير باليد.

ووجه الاختلاف بينهم هو أن أبا حنيفة يقول إن الأجرة إنما هي في مقابل العمل فقط وليست في مقابل العمل والحفظ معاً، أما الصاحبان فيقولان إن الأجرة في مقابل العمل مع الحفظ[1].

الأدلة:-

١ - استدلوا على تضمين الأجير المشترك، إلا فيما لايمكن التحرز عنه بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"[2].

وجه الاستدلال من الحديث: أن الأجير المشترك عجز عن رد العين بالهلاك فيجب رد مثلها أو قيمتها[3].

ونوقش استدلالهم بالحديث "بأنه لايتناول الإجارة؛ لأن الرد في باب الإجارة لايجب على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب"[4].

٢ - كما استدلوا بالآثار الواردة عن عمر وعلي رضي الله عنهما في تضمين الأجير[5].

ووجه الاستدلال من هذه الآثار: "أن عمر وعلياً رضي الله عنهما كانا يقولان

---

(١) انظر: على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٥٩٩، المادة ٦٠٧.

(٢) سبق تخريجه، ص ٢٠، ٢١ .

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٠، بتصرف يسير.

(٤) المرجع السابق.

(٥) وقد سبق تخريجها.

بتضمين الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس، وهو المعنى في المسألة وهو أن هؤلاء الاجراء الذين يسلّم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا أنهم لايضمنون هلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك. وهذا المعنى لايوجد في الحرق الغالب، والسرقة الغالبة"(١).

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن فعل عمر وعلي رضي الله عنهما يحتمل أنه كان في بعض الأجراء وهو المتهم بالخيانة(٢).

كما استدلوا من المعقول بالأدلة التالية.

٣ - أن الحفظ مستحق على الأجير المشترك إذ لايمكن العمل إلا به، حيث أن الأجير لايتمكن من إيفاء العمل إلا بالحفظ، وما لا يتم الواجب إلا به فإنه واجب كوجوبه، فكان العقد وارداً عليه. فإذا هلك المتاع بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة، فإن هذا يعني أن الأجير قد ترك المستحق عليه، وهو الحفظ فعُدّ هذا تقصيراً من جهته، فيجب عليه الضمان كالوديعة إذا كانت بأجر.

فالصاحبان يقولان: إنما تصور المسألة في حافظ الأمتعة بأجر، فإذا هلكت الأمتعة فإنه يضمن وإن كانت العين عنده أمانة بخلاف ما إذا كان التلف حاصلاً بما لايمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه، والحريق الغالب وغير ذلك؛ لأنه لا تقصير من جهة الأجير(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: "بأن عقد الأجير المشترك واردٌ على العمل لا على الحفظ، وإنما كان الحفظ تبعاً لا مقصوداً. فالحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل فكان تبعاً؛ ولهذا لايقابله الأجر. وإذا كان تبعاً ثبت ضرورة إقامة العمل ولم يتعد إلى إيجاب الضمان، بخلاف المودع بأجر؛ لأن الحفظ مستحق عليه

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ١٢٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٥.

مقصود حتى يقابله الأجر"[١].

٤ - كما استدلوا على تضمين الأجير المشترك بقولهم: إننا إنما قلنا بتضمين الأجير المشترك "صيانة لأموال الناس؛ لأن الأجير يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجر وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلاً فيجب عليه الضمان إذا هلكت بما يمكن الاحتراز عنه حتى لايتوانى في حفظها"[٢].

وقد اختلف الحنفية على أي القولين يُفتى به، فذهب الزيلعي[٣] إلى القول بأن الفتوى على قولهما حيث قال: "وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس، وبه تحصل صيانة أموالهم"[٤]ا.هـ.

وجاء في حاشية ابن عابدين أن "الفتوى على قوله"[٥].

وهذا ما قدمه في الملتقى[٦] واختارته المجلة[٧].

وأفتى المتأخرون من الحنفية بالصلح على نصف القيمة، بمعنى أن الأجير المشترك إذا تلفت السلعة بغير فعله بسبب يمكن الاحتراز عنه ولم يكن منه تعدٍ أو تفريط أن عليه نصف القيمة فيدفع الأجير المشترك نصف القيمة ويحط عنه

---

(١) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ١٢٢.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٨.

(٣) عثمان بن علي بن محجن، أبومحمد فخر الدين الزيلعي كان مشهوراً بمعرفة الفقه والنحو والفرائض. قدم القاهرة، ودرّس وأفتى وقرر وأنتقد ونشر الفقه ووضع شرحاً على كنز الدقائق سماه تبيين الحقائق. وذكر صاحب الكشف أن له شرحاً على الجامع الكبير. توفي سنة ثلاث وأربعين وسبعمائة.

انظر ترجمته: اللكنوي الهندي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص ١١٥.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٥. سعدي جلبي، حاشية سعدي جلبي، ج٩، ص ١٢٢.

(٥) رد المحتار، ج٩، ص ٨٩.

(٦) داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩١.

(٧) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، ص ٦٠٦، المادة ٦١١.

النصف الآخر، لاختلاف الصحابة والأئمة(1).

المذهب الثالث:-

وهو قول المالكية(2) والشافعية في أصح القولين(3) وقول عند الحنابلة خرجه أبو الخطاب(4) ومذهب الظاهرية(5)، وقالوا: إنه لاضمان على الأجير المشترك إلا إذا تعدى أو فرّط.

جاء في الكافي في فقه أهل المدينة: "ولا ضمان على أجير إلا ما جنت يداه أو ضيّع أو تعدى كسائر الأمناء"(6) ا.هـ.

وجاء في المهذب: "لاضمان عليه - أي الأجير المشترك - وهو قول المزني(7)،

---

(١) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٩٢. البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٧. عبدالله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص ٤٠٨.

(٢) ابن الرحال، كشف القناع عن تضمين الصناع، ص ٧٣. المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٤٢٧.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٤. الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج٢، ص ٨٩.
وقد ذكر الإمام النووي في الروضة أن هذا أظهر الأقوال، حيث قال: "أما المشترك، فهل يضمن ماتلف في يده بلا تعد ولا تقصير؟ فيه طريقان. أصحهما: قولان. أحدهما: يضمن كالمستعير والمستام. وأظهرهما: لايضمن كعامل القراض. والثاني: لايضمن قطعاً". ا.هـ.
ج٤، ص ٢٩٩.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١١٨. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٢.

(٥) ابن حزم، المحلى، ج٧، ص ٣٠.

(٦) ابن عبد البر، ص ٣٧٥.

(٧) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق، أبوإبراهيم، المزني، المصري، الفقيه. ولد سنة خمس وسبعين ومائة.أخذ عن الإمام الشافعي وكان يقول:"أنا خلق من أخلاق الشافعي" وكان=

وهو الصحيح"[١] ا.هـ.

وكان الإمام الشافعي لايفتى به لفساد الناس[٢].

الأدلة:

١ - استدلوا بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لاضمان على مؤتمن"[٣].

= أول أصحاب الإمام الشافعي. كان زاهداً، عالماً، مجتهداً، مناظراً، مجاب الدعوة. قال عنه الشافعي: "المزني ناصر مذهبي". صنف كتباً كثيرة منها: "الجامع الكبير"، و "الجامع الصغير"، و "مختصر المزني". توفي سنة أربع وستين ومائتين.

انظر ترجمته: ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ج١، ص ٥٨. الأتابكي، النجوم الزاهرة، ج٣، ص ٣٩.

(١) الشيرازي، ج١، ص ٤١٤.

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص ٢٨٩، كتاب الوديعة، باب لاضمان على مؤتمن.

وهذا الحديث ضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير. وجاء في فيض القدير: "ثم قال أعني البيهقي: حديث ضعيف. ورواه الدارقطني عن ابن عمرو من هذا الوجه، وقال عمرو بن عبدالجبار، وعبيدة ضعيفان ... وقال الذهبي في التنقيح كأصله لايصح، وفي المهذب إنه صحيح".

وقال الألباني في الإرواء بعد أن ساق طرق الحديث: "فهذه ثلاث طرق عن عمرو بن شعيب وهي وإن كانت ضعيفة فمجموعها مما يجعل القلب يشهد بأن الحديث قد حدّث به عمرو بن شعيب وهو حسن الحديث لاسيما وقد روى معناه عن جماعة من الصحابة ساق البيهقي أسانيدهم" ا.هـ.

انظر: ابن حجر، تلخيص الحبير، ج٣، ص ٩٧، كتاب الوديعة (٤١)، حديث ١٣٨٢. المناوي، فيض القدير، ج٦، ص ٤٣٢. الألباني، إرواء الغليل، ج٥، ص ٣٨٦، باب الوديعة، حديث ١٥٤٧.

فقد اسقط الضمان على الأمناء، والأجير أمين فيدخل في عموم الحديث[١].

٢ – "إن الأصول موضوعة على أن من أخذ مال غيره لمنفعة نفسه ضمنه كالمقترض، والمستعير. ومن أخذه لمنفعة مالكه لم يضمنه كالمودع. ومن أخذه لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والمرتهن فلا يضمن إلا بالتعدي. كذلك الأجير أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه فإنه لايضمن"[٢] إلا بالتعدي.

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الأجير أخذ المال لمنفعة نفسه ليأخذ الأجرة فوجب أن يضمن كالقرض. أما المقارض[٣] فإنه لو ضمن المال مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة في الأسفار لامتنع الناس منه فتتعطل مصلحته، بخلاف السلع عند الأجراء[٤].

٣ – كما استدلوا على عدم تضمين الأجير المشترك إلا إذا تعدى "بأن عقد الإجارة لما جعل يد المستأجر يد أمانة وجب أن يجعل يد الأجير المشترك مؤتمناً"[٥].

واستثنى المالكية من الاجراء الصناع والأكرياء على حمل الطعام والشراب والإدام خاصة جاء في التاج والاكليل: "القضاء أن الأكرياء والأجراء فيما أسلم إليهم كالأمناء عليه لايضمنون، إلا الصناع والأكرياء على حمل الطعام أو الشراب والإدام خاصة إذ لا غنى عنه فضمنا لصلاح العامة إلا أن تقوم بينة بهلاكه بغير سببهم أو يكون معهم أربابه لم يسلموه إليهم فلا يضمنون"[٦]ا.هـ.

---

(١) انظر: ابن الرحال، كشف القناع، ص ٧٤.

(٢) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٤، ٢٥٥. وانظر مثله: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٤.

(٣) يقال "قارضه من المال قِراضاً من باب قاتل، وهو المضاربة". الفيومي، المصباح المنير، ص ١٩٠. "مادة قرض".

(٤) انظر: القرافي، الذخيرة، ج٥، ص ٥٠٣.

(٥) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٥.

(٦) المواق، ج٥، ص ٤٢٧.

فضمان الصناع عند المالكية ضمان تهمة لا ضمان أصالة ينتفي بإقامة البينة[١]؛ لأن الصانع "أجير ثبت هلاك مادفع إليه من غير تفريط فأشبه الخاص، ولأن التهمة زائلة مع قيام البينة"[٢]. وهذا قول مالك وتابعه عليه جميع أصحابه، إلا أشهب فإنه قال بضمانهم وإن قامت البينة. وحجته في ذلك أنه كما وجب أن يضمنوا للمصلحة العامة لم يسقط الضمان عنهم بالبينة حسماً للذريعة؛ لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لايخصص في موضع من المواضع، أصل ذلك شهادة الابن لأبيه؛ ولأن من ضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة أصله الغاصب، ولأن من قبض لمنفعة نفسه فضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة أصله القرض. وقول مالك أصح[٣].

وعلى هذا فإن المالكية يشترطون لضمان الصناع شروطاً، متى توفرت حكمنا بضمان الأجير، وإن إختل شرط منها لم يضمن الصانع إلا بالتعدي والتقصير وفيما يلي الشروط :-

١ - أن ينصب الصانع نفسه[٤] للصنعة لعامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بفرد أو جماعة.

٢ - أن يغيب ربها عن الذات المصنوعة. فإن صنعها الصانع ببيت ربها ولو بغير حضرته أو بحضرته ولو في محل الصانع فلا ضمان.

٣ - أن لايكون في الصنعة تغرير كثقب اللؤلؤة، ونقش الفصوص، وتقويم السيوف، واحتراق الخبز عند الفران، والثوب عند الصباغ، فلا ضمان عليه فيها، إلا أن

---

(١) الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٥٨. بتصرف يسير.

(٢) عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١١١١، ١١١٢. وانظر: ابن الرحال، كشف القناع، ص ٧٥.

(٣) انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص ٤٣٠. بتصرف يسير.

(٤) الصانع المنتصب: من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها بسوقها أو داره، وغير المنتصب من لم يقم نفسه لها، ولا منها معاشه.
الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج٢، ص٥٢٧. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣١.

يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها.

٤ – أن يكون المصنوع مما يغاب عليه بأن يكون ثوباً أو حلياً. فلا ضمان على معلم الأطفال أو البيطار إذا ادعى الأول هروب الولد، والثاني هروب أو تلف الدابة.

٥ – أن لا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع، فإن قامت فلا ضمان. كما هو مذهب مالك وسائر أصحابه باستثناء أشهب كما ذكرناه سابقاً[١]، وهذا مما يؤكد أن الضمان عندهم ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة[٢].

٦ – أن لايكون الصانع أحضره لربه مصنوعاً على الصفة المطلوبة ويتركه ربه اختياراً فيضيع، وإلا فلا ضمان.

حيث كان إحضاره بعد دفع الأجرة يصّير ماعنده كالوديعة، بخلاف ما لو أحضره على غير الصفة أو دعاه لأخذه من غير إحضار، أو أبقاه عنده حتى يقبض الأجرة ثم يدعي ضياعه بعد ذلك فإنه يضمن[٣].

فالمالكية يقولون بتضمين الصناع؛ "لأن في ذلك مصلحة ونظراً للصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبلنا قولهم في الإتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه، ولأجبروا[٤] على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمين، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالمقترض والمستعير.

---

(١) انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص ١٢٧، ١٢٨. الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٥٨. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص ٤٣٠، عبدالله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص٤١٠.

(٢) انظر: عبدالله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص ٤١٠.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) ولعل الصواب [وتجبروا].

وإنما شرطنا في ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه؛ لأنهم إنما يضمنون بالقبض فإذا لم يسلم إليهم وكانوا في منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم فلم ينفردوا بقبض يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمين مع عدم موجبه"[١]

كما ذكر الشاطبي[٢] وجه المصلحة في تضمين الصناع، فقال: "ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم؛ لأفضى ذلك إلى أحد أمرين:-

إما ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاقٌ على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة فكانت المصلحة التضمين. وهذا معنى قول علي رضي الله عنه: "لايصلح الناس إلا ذاك"[٣]ا.هـ.

وقد أجاب الشاطبي على الاعتراضات التي قد ترد على قول المالكية فقال: "ولا يقال: إن هذا نوع من الفساد، وهو تضمين البرئ، إذ لعله ما أفسد ولا فرط، فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد.

لأنا نقول: إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت،

---

(١) عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج٢، ص ١١١١.

(٢) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الشهير بالشاطبي. أحد العلماء الأثبات وأكابر الأئمة الثقات الفقيه الأصولي المفسر المحدث، له استنباطات جليلة وفوائد لطيفة وأبحاث شريفة مع الصلاح والعفة والورع واتباع السنة واجتناب البدع. أخذ عن أئمة منهم: أبوالقاسم الشريف السبتي، وأبوعبد الله الشريف التلمساني، والإمام المقري. وله تآليف نفيسة منها: الموافقات، والاعتصام، والمجالس، توفي سنة تسعين وسبعمائة.
انظر ترجمته: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج١، ص ٢٣١. الزركلي، الأعلام، ج١، ص ٧٥.

(٣) الاعتصام، ج٢، ص ٦١٦.

ووقوع التلف من الصناع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب الفوت؛ فوت الأموال، وأنها لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة والتفريط، وفي الحديث: "لاضرر ولا ضرار"[١]، وتشهد له الأصول من حيث الجملة؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع حاضر لباد، وقال: "دَعُو النَّاسَ يَرْزِقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ"[٢]. وقال: "لا تلقوا الركبان بالبيع حتى يهبط بالسلع إلى الأسواق"[٣] وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فتضمين الصناع من ذلك القبيل"[٤]ا.هـ.

فهذا هو "ما استثناه المالكية من الأجير المشترك فليس كل أجير مشترك ضامن عندهم إلا أن بعض متأخري المالكية قد استحسن تضمين بعض الأجراء للمصلحة أيضاً واحتياطاً لأموال الناس"[٥].

جاء في حاشية الدسوقي: "واعلم أن أصل المذهب عدم تضمين الخفراء[٦]

---

(١) سبق تخريجه، ص ٢١.

(٢) مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٠، ص ١٦٥، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(٣) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح"، ج٥، ص ١١٣، كتاب البيوع (٣٤)، باب النهي عن تلقي الركبان، وأن بيعه مردود (٧١)، رقم الحديث ٢١٦٥. ولفظه: "لايَبِيعُ بعضُكم على بَيعِ بعضٍ ولا تَلَقَّوُا السِّلَعَ حتى يُهبَطَ بها إلى السوق".
مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٠، ص ١٦٢، كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب ولفظ مسلم: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "نَهَى أَنْ تُتَلَقَّى السِّلَعُ حَتَّى تَبْلُغَ الأَسْوَاقَ".

(٤) الاعتصام، ج٢، ص ٦١٦، ٦١٧.

(٥) عبد الله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص ٤١١.

(٦) خفر: الخاء والفاء والراء أصلان: أحدهما: الحياء، والآخر المحافظة أو ضدها ... فيقال خَفَرْتُ الرّجل خُفْرةً إذا أجَرتَه وكنت له خفيراً، وتَخَفَّرتُ بفلان، إذا استَجَرْتُ بـه" و "تخفرت به إذا احتميت به".
انظر: ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ٣٢٤، ٣٢٥، مادة "خفر". الفيومي، المصباح المنير، ص ٦٧، مادة "خفر".

والحراس والرعاة واستحسن بعض المتأخرين تضمينهم نظراً لكونه من المصالح العامة"[١].

فقول بعض فقهاء المالكية بتضمين الأجير المشترك غير الصانع وحامل الطعام، إنما هو من باب مراعاة المصلحة التي هي من أصول مذهب الإمام مالك.

فاختلافهم إذن في ضمان الراعي المشترك والحراس وغيرهما من الأجراء إنما هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان[٢].

المذهب الرابع:

وهو قول عند الشافعية في مقابل الأظهر[٣]، وذكره القاضي من الحنابلة[٤]: أن الأجير المشترك يضمن طالما أنه انفرد باليد.

قال النووي: "ولوتلف المال في يد أجير بلا تعدٍ كثوب استؤجر لخياطته أو صبغه لم يضمن إن لم ينفرد باليد، بأن قعد المستأجر معه أو أحضره منزله، وكذا إن انفرد في أظهر الأقوال"[٥]ا.هـ.

فقوله: "وكذا إن انفرد في أظهر الأقوال" يدل على أن ما يقابل الأظهر أنه يضمن إذا انفرد فقط. فإن لم ينفرد فلا خلاف بين فقهاء الشافعية في عدم ضمانه.

وقال ابن قدامة: "ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه، والقصار والخياط في دكانيهما. قال: ولو

---

(١) الدسوقي، ج٤، ص ٢٦. وانظر: ابن الرحال، كشف القناع عن تضمين الصناع، ص ١٠٨، ١١٢، ١١٤.

(٢) انظر: عبد الله الغطيمل، أحكام تلف الأموال، ص ٤١٢.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٢٩٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢١.

(٥) النووي، المنهاج ، ج٢، ص ٣٥٣.

دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً، أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف مالم يفرّط؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص"[١]ا.هـ.

الأدلة:-

١ - استدلوا بما رواه أنس بن مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما غرّمه بضاعة كانت معه فسرقت أو ضاعت فغرمها إياه عمر بن الخطاب رضي الله عنه"[٢].

قلت: والذي يظهر أن أصحاب هذا القول يرون أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه غرّم أنس بن مالك رضي الله عنه؛ لأنه انفرد باليد.

٢ - قاسوا الأجير المشترك على المستعير، فقالوا: "إن الأجير تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه فوجب أن يكون من ضمانه كالمستعير؛ لأن الأجرة ترجع إليه فوجب أن يكون الضمان عليه كالمؤجِّر المستحق لأجرتها. كذلك الأجير يجب أن يكون عليه ضمان المال؛ لأن الأجرة صائرة إليه فعلى هذا يكون كالعارية"[٣].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن العين مقبوضة بعقد الإجارة، والأجير لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة؛ ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر، وكما لو تلفت بأمر غالب. ويخالف العارية فإن مستعيرها ينفرد بنفعها[٤].

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢١. وانظر: ابن مفلح، الفروع، ج٤، ص ٤٥٠.

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص ٢٨٩، ٢٩٠. كتاب الوديعة، باب: "لاضمان على مؤتمن".
وانظر: عبد الرزاق، المصنف، ج٨، ص ١٨٢، باب الوديعة، رقم الأثر ١٤٧٩٩.
وقال عنه الألباني: إسناده جيد.
إرواء الغليل، ج٥، ص ٣٨٧، رقم الأثر ١٥٤٨.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٤، ٢٥٥. وانظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٤.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٩. بتصرف يسير.

٤ - وأما دليلهم على عدم ضمانه إذا كان معه المستأجر؛ فلإنه لم ينفرد باليد فكان كالأجير الخاص[1].

ونوقش هذا الدليل: بأنه لافرق بين كون الأجير انفرد باليد أو لم ينفرد؛ "لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان، ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يعم المتاع وصاحبه، وتفريطه يعمهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى إنساناً متترساً فكسر ترسه وقتله، ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون"[2].

الترجيح:

من خلال أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يترجح لي قول المالكية والذي يقضي أن الأصل في الأجير المشترك أنه أمين كسائر الأمناء فلا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط؛ ذلك أن عقد الإجارة اقتضى أن واضع اليد على المأجور أمين سواء كان مستأجراً أم أجيراً.

ولكن نظراً لفساد الزمان، وخفة الديانة، وقلة الأمانة، والحرص على المال والطمع فيه عند كثير من الأجراء، فإن المصلحة العامة تقتضي تضمينهم، ولحفظ حقوق الناس وأموالهم. إذ أن الأجير المشترك إذا علم أنه لايضمن فإن هذا سيؤدي به إلى التهاون وقلة الاحتراز في حفظ أموال الناس، أما إذا علم أنه يضمن المأجور إن حصل به تلف أو عيب فإنه سيكون حريصاً على أموال الناس.

وعلى هذا فإن ضمان الأجير المشترك ضمان تهمة لا ضمان أصالة ينتفي بإقامة البينة علىعدم تعدي الأجير أو تفريطه، أو على أن التلف حصل بأمر لايمكن الاحتراز عنه كالحريق الغالب، والعدو المكابر. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢١.

(٢) المرجع السابق، ص ١٢٠.

المبحث الثالث: مسائل متعلقة بضمان الأجير المشترك

مسألة: - ضمان الأجير إذا حبس العين لاستيفاء الأجرة فتلفت:-

اختلف الفقهاء في جواز حبس الأجير للعين ليستوفي الأجرة على قولين:-

القول الأول:- وهو للحنفية حيث قالوا: إذا أراد الأجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الأجرة، ينظر إن كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ والإسكاف[١] له ذلك؛ لأن ذلك الأثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطاً مقصوراً وإنما العمل يحصل ذلك الأثر عادة، والبدل يقابل ذلك الأثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الأجرة كالمبيع قبل القبض أنه يُحبس لاستيفاء الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلاً"[٢].

وهذا هو أحد الوجهين عند الشافعية، حيث قالوا: "إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة، فعمل. فهل له أن يحبس العين على الأجرة؟.

فيه وجهان: أحدهما: يجوز؛ لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض كالمبيع في يد البائع"[٣] ا.هـ.

وبهذا قال فقهاء الحنابلة فيما إذا أفلس المستأجر، وجاء يطلب العين من الصانع أن له الحبس.

وكذا إذا كان صبغ الثوب من الأجير على قول[٤].

---

(١) الإسكاف: صانع الأحذية ومصلحها، والجمع أساكِفةٌ.
إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج ١، ص ٤٣٩، مادة سَكِفَ.

(٢) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٤. وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١١. البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. والذي يظهر من هذا الوجه عند الشافعية أنهم لم يفصلوا كما فعل الحنفية.

(٤) انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٢. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٧.

فإن حبس العين فضاعت "فلا ضمان ولا أجرة؛ لأن العين أمانة في يده... وله أن يحبسها بالأجرة شرعاً فلا يكون به متعدياً فلا يجب عليه الضمان به ولايجب له الأجر؛ لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع إذا هلك قبل القبض. وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه. وعندهما[١] يضمن العين؛ لأنها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس، ثم لصاحب العين الخيار إن شاء ضمنه قيمة العين غير معمولة ولا أجر له؛ لأن العمل لم يصر مسلماً إليه، وإن شاء ضمنه قيمتها معمولة وعليه الأجر؛ لأن المبيع وهو العمل صار مسلماً إليه بتسليم بدله إليه"[٢].

فإن لم يكن لعمله أثر "كالحمال والملاح لايحبس الأجر؛ لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يُتصور بقاؤه، ولا له أثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه"[٣].

القول الثاني:- وهو للمالكية[٤]، وأحد الوجهين عند الشافعية[٥] والمذهب عند الحنابلة[٦] وزفر من الحنفية[٧]، حيث قالوا: إنه ليس للمستأجَر أن يحبس العين ليستوفي الأجرة.

---

(١) أي عند الصاحبين.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١١. وانظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٤.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١١. وانظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٠٤.

(٤) النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص ١٢٨. وقال الدردير: "أو يحضره الصانع لربه مصنوعاً على الصفة المشترطة فتركه عنده فادعى ضياعه فلا ضمان عليه؛ لأنه خرج حينئذ إلى حكم الايداع. وهذا مالم يتركه عنده رهناً في نظير الأجرة وإلا كان حكمه حكم الرهن" الشرح الصغير، ج٢، ص ٢٥٨.

وقال الصاوي في معنى الكلام السابق: "أي يضمنه ضمان الرهان ولا تسقط الأجرة" ج٢، ص ٢٥٨.

(٥) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦.

(٦) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٧. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١١، ١١٢.

(٧) قال زفر رحمه اللّه: "ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر" فدل ذلك على أنه يقول إنه لايجوز حبس العين فيما لا أثر لعمله من باب الأولى. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١١.

"لأن المعقود عليه صار مسلماً إلى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به؛ لأن الاتصال بملكه بإذنه فصار كالقبض بيده ألا ترى أنه لو أمر شخصاً بأن يزرع له أرضه حنطة من عنده قرضاً فزرعها المأمور صار قابضاً باتصاله بملكه وصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر"(١).

وبناء على هذا القول فإن الأجير يكون ضامناً للعين إذا تلفت كما نص على ذلك فقهاء المالكية(٢) والحنابلة(٣)؛ لأن الأجير متعد بإمساك العين إذ أنها ليست رهناً ولا عوضاً عن الأجرة(٤).

وقد نوقش دليلهم على عدم جواز حبس العين: أن "اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضياً بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل إذ لاوجود للعمل إلا به فكان مضطراً إليه والرضا لايثبت مع الاضطرار كصاحب العلو إذا بنى السفل لايكون متبرعاً راضياً به؛ لأنه مضطر إليه، وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر؛ لأن العين فيه في يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطراً إليه فيكون راضياً بالتسليم مع إمكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس"(٥).

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة – والله أعلم – هو القول بأن للأجير أن يحبس العين ليستوفي الأجرة، وهو أحد الوجهين عند الشافعية.

لأن جنبة الأجير أضعف ذلك أن المستأجر قد يأخذ عينه ثم يختفي عنه ولايعطيه أجره فيضيع حقه.

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١١.
(٢) النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص ١٢٨.
(٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٩. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١١، ١١٢.
(٤) انظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص ٣٢٩. بتصرف يسير.
(٥) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١١١.

فلا مانع إذاً من حبس الأجير للعين إذا غلب على ظنه أنه لايتوصل إلى حقه إلا بهذه الطريقة، خاصة في زماننا هذا الذي كثر فيه الناس والمال وكثر احتياجهم للأجراء والصناع حتى إن الأجير قد يأتيه في اليوم الواحد العشرات، ولا يعرف أكثرهم وقد يكون بعضهم ممن خفّ الوازع الديني عندهم فلا يتورعون عن أخذ أعيانهم دون دفع الأجرة إلى من صنعها فيكون ذلك طريقاً لضياع أموال الأجراء.

أما بالنسبة للضمان، فحكم ضمان الأجير المشترك بعد الحبس كحكمه قبل الحبس، بمعنى أن الأصل في الأجير أنه أمين ولكن تضمينه للمصلحة كما رجحنا، إلا إذا قامت البينة على عدم تعديه وتفريطه فإنه لايضمن.

مسألة:- اختلاف الأجير والمستأجر.

مسألة اختلاف الأجير والمستأجر تحدث الفقهاء عنها من جوانب عديدة، ونحن هنا لسنا بصدد الكلام عن كل جانب من هذه الجوانب، بل سنكتفي بالحديث عن بعض حالات اختلاف الأجير والمستأجر والتي قد يترتب على الخلاف فيها ضمان.

أولاً : اختلاف الأجير والمستأجر في التعدي أو التفريط.

إذا تلفت العين المستأجرة بيد الأجير المشترك، فقال المالك تعديت عليها، وقال الأجير لم أتعد.

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:-

الأول:- وهو قول الإمام أبي حنيفة النعمان، أن القول قول الأجير مع يمينه؛ لأن يده يد أمانة.

جاء في مجمع الضمانات: "لو قال الأجير سُرق أو هلك صُدِّق مع حلفه عنده؛ لأن يده يد أمانة"[1] ا.هـ.

وبهذا قال الشافعية إذا لم يوجد عدلان من أهل الخبرة. قال النووي: "ومتى اختلفا في التعدي ومجاوزة الحد عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة، فإن لم نجدهما فالقول قول الأجير"[2]ا.هـ.

المذهب الثاني:- وهو قول الصاحبين من الحنفية[3]، والمالكية[4]، إن الأجير ضامن لما تلف عنده فلا يؤخذ بقوله في عدم التعدي أو التفريط، إلا أن تقوم له بينة أن تلف العين إنما هو بأمر غالب لابسبب فعله.

---

(١) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٨. وانظر: الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٤.
(٢) روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٠. وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٣٥٢.
(٣) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٨. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٤.
(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٣١، ٢٣٢.

جاء في مجمع الضمانات: "لو قال الأجير سرق أو هلك ... عندهما يضمن؛ لأن يده يد ضمان عندهم فلا يصدّق بلا برهان. قلت: إنما ينفع البرهان عندهما فيما لايمكن الاحتراز عنه"(١).ا.هـ.

وجاء في الكافي "وأما الصناع فضامنون لكل ماضاع عندهم فيما يغيبون عليه ولايقبل قولهم في هلاك شئ مما قبضوه، واُستعملوا فيه إذا انفردوا به، ولم يكن في منزل صاحبه ويضمنون ما أصابه من خرق أو فساد كما يضمنون الذهاب إلا أن تقوم لهم بينة على مصيبة تنزل بهم من غير أسبابهم ولا فعلهم، ولا تضييعهم فلا يضمنون"(٢) ا.هـ.

كما جاء في تبصرة الحكام: "وما أصاب الثياب عند القصار أو الصباغ أو الخياط من قرض الفأر أو لحس السوس فعرف ذلك وتبين للناظر إليه فلا ضمان عليهم فيه وإذا ادعى صاحب الثياب أن الصانع أضاع الثوب وفرّط حتى أصابه ذلك، وزعم الصناع أنهم لم يفرطوا ولم يضيعوا فالقول قولهم وعلى أصحاب الثياب البينة أنهم ضيعوا؛ لأن قرض الفأر ولحس السوس أمر غالب ولايلزم أحد دعوى التعدي إلا ببينة تشهد عليه(٣) ... وإن أشكل أنه قرض فأر فالصانع ضامن حتى تقوم البينة أنه قرض فأر أو لحس سوس"(٤).ا.هـ.

واستثنى المالكية من ذلك الراعي إذ أن "قول مالك أن الراعي مصدق فيما زعم أنه مات من الغنم أوغاب أو سرق أو عدا عليه السبع، وأن شأن الرعاء في رعيهم على غير التضييع والتفريط حتى يظهر ذلك عليهم"(٥)ا.هـ.

---

(١) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٨.

(٢) ابن عبد البر، الكافي، ص ٣٧٦.

(٣) في الوقت الحاضر لا يُسمح بفتح أي محل للخياطة أو الصباغة إلا بعد أن يوفر فاتحة وسائل السلامة اللازمة من وجود طفايات حريق، وغسل ورش بالمبيدات الحشرية فإن لم يتخذ صاحب المحل هذه الإجراءات فإنه يكون مقصراً وبالتالي فإن عليه الضمان لوجود موجب الضمان فلا يعذر. والله تعالى أعلم.

(٤) انظر: ابن فرحون، ج٢، ص ٢٣١، ٢٣٣.

(٥) المرجع السابق، ج٢، ص ٢٣٥، ٢٣٦.

قلت: وعلى هذا فإن من قال إن القول قول الأجير في نفي التعدي أو التفريط فإنه لايضمنه؛ ذلك أن الأجير أمين فيصدق كسائر الأمناء.

ومن قال بأن القول قول المستأجر في إثبات التعدي أو التفريط، فإنه يضمن الأجير إلا أن تقوم بينة تنفي عنه التعدي.

وهذا الذي أراه راجحاً؛ لأن فيه حفظ أموال الناس خاصة وقد خفت الديانة وقلت الأمانة لدى كثير من الأجراء، إلا من رحم اللّه. وهذا مذهب المالكية والصاحبين من الحنفية. واللّه أعلم.

ثانياً: إختلاف الأجير والمستأجر في صفة العمل.

إذا اختلف الأجير والمستأجر في صفة العمل، وذلك كما لو اختلفا في صفة خياطة الثوب أو صبغه أو في بناء الحائط أو غير ذلك. فإن أتى أحدهما ببينة تشهد له فالقول قوله[١]. وإن لم يكن ثم بينة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب:-

المذهب الأول:- وهو للحنفية[٢] والأظهر عند الشافعية[٣] وقول عند الحنابلة وقواه ابن قدامة[٤] أن القول قول المالك مع يمينه.

وحجتهم في ذلك:

أولاً: " أنه اختلاف في ملك أحدهما فكان القول فيه قول المالك. كما لو قال المالك دفعته إليك وديعة، وقال صاحب اليد: بل دفعته إلي رهناً فالقول فيه قول

---

(١) ذكر الشافعية أن القول لمن تشهد له البينة، وأغفله بقية الفقهاء لوضوحه؛ لأن من أتى بالبينة قبل قوله.
انظر: الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦٨.

(٢) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٩. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٤٢، ١٤٣.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦٨. جلال الدين المحلى، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج٣، ص ٨٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٧. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٩.

المالك كذلك هذا"[١].

ثانياً:- أن الإذن مستفاد من قبل المالك فكان القول في صفة الإذن قوله.

وبهذا لو وقع الخلاف في أصل الإذن كان القول في ذلك قول المالك وكذا إذا وقع في صفته[٢]. "فكل من قبل قوله في الإذن قبل قوله في صفة ذلك الإذن كالوكيل إذا ادّعى على موكله الإذن في بيع دار فأنكر، فالقول قول الموكل"[٣].

وعلى هذا فالمالك في هذه الحالة يحلف باللّه تعالى أنه ما أمر الأجير أن يفعل مافعله في السلعة. فلو كان الأجير خياطاً مثلاً فإن المستأجر يحلف باللّه تعالى أنه ما أمره أن يخيط الثوب قباء[٤][٥]، وحينئذ يكون الضمان على الخياط.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في كيفية تضمين الخياط:

فقال الحنفية: إن رب الثوب بالخيار إن شاء أخذ قيمة الثوب؛ لأن صاحب الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها متصرفاً في ملك غيره بغير إذنه فصار متلفاً الثوب عليه فيضمن قيمته.

وإن شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثله؛ وذلك لأن الأجير أتى بأصل المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به وإعطاؤه أجر المثل

---

(١) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦٨.

(٢) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢١٩. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٤٣.

(٣) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦٨.

(٤) القباء: جمع أقبية وهو ثوب يُلْبَس فوق الثياب.
انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص ٥٢٠، مادة "قبا". المنجد في اللغة والأعلام، ص ٦٠٧، مادة "قَبَا".

(٥) الشافعية يقولون: "إن رب الثوب إذا حلف يجب أن تكون يمينه نافية لما ادعاه الخياط، ولا يحلف لإثبات ما ادعاه من الإذن في القميص، بخلاف الخياط الذي يكون يمينه لإثبات ما ادعاه من الإذن في القباء؛ لأن كل واحد منهما يحلف على مايطالب به، فالخياط يطالب بالأجرة، فيحلف على ما ادعى من الإذن في القباء وتبعه سقوط الضمان، ورب الثوب يطالب بما جناه الخياط وينكر الأجرة فيحلف على ما يطالب به من جناية الخياط" ا.هـ.
الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٠.

لا المسمى؛ لأنه لم يأت بالمأمور على الوصف الذي أمر به[١].

أما الشافعية[٢] والحنابلة[٣] فإنهم قالوا: إنه لا أجرة للخياط لتعديه في الخياطة، وله استرجاع[٤] الخيوط إن كانت له، وليس له استرجاعها إن كانت لرب الثوب.

ثم ذكر الشافعية أن على الخياط الضمان، وفيما يضمنه ثلاثة أقوال:-

أحدها: - يضمن مابين قيمته قباء وقميصاً[٥]؛ لأن قطع القميص مأذون فيه. فعلى هذا إن كانت قيمته قباء مثل قيمته قميصاً أو أكثر فلا غرم عليه.

القول الثاني:- أنه يغرم مابين قيمته ثوباً صحيحاً، وما بين قيمته قباء؛ لأنه بالعدول عن القميص متعدٍ في ثوب صحيح.

القول الثالث:- أن ماصلح من القباء للقميص لم يضمنه، وما لم يصلح للقميص ضمن مابين قيمته صحيحاً ومقطوعاً لاختصاص ذلك بالتعدي[٦].

هذا هو المذهب الأول في المسألة، وطريقة التضمين عند من قال به.

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٢٠. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٩.
ثم ذكر الطوري أن "ظاهر العبارة أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفاً بلبس مانفاه أو لا، والذي يقتضيه النظر إن كان معروفاً بلبس مانفاه أن يكون القول قول الخياط، وإن لم يكن معروفاً أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب". تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٩.

(٢) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧١.

(٣) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٩.

(٤) أي الأجير.

(٥) القميص: "جمعه قمصان، وقُمُص بضمتين وقمصته قميصاً بالتشديد البسته فتقمصه". الفيومي، المصباح المنير، ص ١٩٧، مادة "قمص".

(٦) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧١. وانظر جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج٣، ص ٨٣.

أما المذهب الثاني:- وهو للمالكية[١] وقول عند الشافعية[٢] والمذهب عند الحنابلة[٣]، إن القول قول الأجير مع يمينه.

وحجتهم في ذلك:

أولاً : إن العادة جارية بأن الأجير يعمل في السلعة ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه وإن جرى غير ذلك فنادر، فصارت العادة مصدقة لقول الأجير دون المستأجر[٤].

ثانياً:- أن الأجير والمستأجر إذا اتفقا في الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب إذا قال: أذنت لي في البيع نساء[٥]. ولأنهما اتفقا في ملك الأجير للعمل والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم عليه والأصل عدمه[٦].

واستثنى المالكية[٧]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٨]، مما سبق ما لو أتى الأجير بأمر لا يشبه المطلوب كما لو كان الثوب المصبوغ لا يُصبغ عادةً إلا بأسود فصبغه بالأحمر، وكما لو كان المستأجر لايلبس عادةً الأقبية فخاطه قباء.

وذلك لأن قرينة حال رب المال تدل على صدقه فترجح صدقه فيما ادعاه.

---

(١) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٠٥. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٤، ص ٢٤٤.

(٢) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج٣، ص ٨٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٥. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٩.

(٤) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٦٩.

(٥) النسئ: مهموز على فعيل ويجوز الإدغام لأنه زائد وهو التأخير، والنسيئة على فعيلة مثله، وهما اسمان من نسأ اللّه أجله ... إذا أخره ... ونسأته البيع وأنسأته فيه أيضاً وأنسأته الدين أخّرته.

انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٣١، مادة "نسو".

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٥، ١٢٦. وانظر نحوه: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٣.

(٧) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٠٥.

(٨) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٦. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٩.

كما لو اختلفا في حائط لأحدهما عليه عقد أو أزج[1] فإننا نرجح دعواه بذلك. وكذا إن اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له. ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته[2].

جاء في الشرح الكبير: "القول للصانع مع يمينه إذا اختلف مع رب السلعة في صفة الصنعة إن أشبه فإن لم يشبه حلف ربه وثبت له الخيار في أخذه ودفع أجرة المثل، وتركه وأخذ قيمته غير مصبوغ. فإن نكل[3] اشتركا هذا بقيمة ثوبه مثلاً غير مصبوغ وهذا بقيمة صبغه"[4]ا.هـ.

وعلى هذا فأصحاب هذا القول يقولون: إن الأجير يحلف باللّه تعالى أن

(١) الأزج: بيت يبنى طولاً وأزجته تأزيجاً إذا بنيته ... ويقال الأزج السقف. والجمع آزاج. انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٥، مادة "أزج".

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٦.

(٣) نكل عن اليمين امتنع منها. الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٣٩، مادة "نكل".

(٤) الدردير، ج٤، ص ٥٦.
واستثنى المالكية من الأجراء البناء حيث "قال ابن القاسم عن مالك إنه قال في رجل قاطع رجلاً يبني له بيتاً عشرة أذرع في عشرة أذرع، فبنى له خمساً في خمس، وزعم أنه أمره بذلك وأنكر ذلك صاحب البناء، وليست لهما بينة، قال: يتحالفان ويتفاسخان إلا أن يشاء البناء أن يبني له عشرة في عشرة فإن حلف ألزمه صاحب البنيان، فإن أبى ونكل عن اليمين أحلف الآخر وكان على البناء أن يبني له عشرة في عشرة. فإن حلف البناء ونكل صاحب البنيان عن اليمين أجبر على أخذ مابنى له البناء، وإن حلفا جميعاً تفاسخا وقيل للبناء: أقلع نقضك إلا أن يشاء صاحب البنيان أن يدفع إليه قيمة بنيانه منقوضاً مطروحاً بالأرض.
قال ابن القاسم: وقال مالك في رجل استأجر حائكاً ودفع إليه غزلاً ينسجه له ثوباً سبعاً في أربع فنسجه ستاً في ثلاث، وزعم أنه أمره بذلك، قال مالك: القول قول الحائك ويحلف.
وإنما فرق بين الحائك والبناء؛ لأن الحائك صانع من الصناع يضمن مادفع إليه ويكون أولى بما دفع إليه من الغرماء إن فُلّس صاحب الثوب حتى يستوفي أجرته".
ابن رشد، البيان والتحصيل، ج٤، ص ٢٤٣، ٢٤٤.

المالك أذن له في العمل الذي عمله كما لو كان الأجير خياطاً أو صباغاً، فإنه يحلف بالله تعالى لقد أذن لي المالك في قطعة قباء أو صبغه أحمر، فيسقط الغرم عنه. وهل تجب له الأجرة؟ في المسألة خلاف.

فذهب الشافعية في أحد الوجهين: إلى القول بأنه لا أجرة للأجير؛ لأنه إنما قُبل قوله في سقوط الغرم، لأنه منكر ولم يقبل قوله في الأجرة، لأنه مدع(١).

والوجه الثاني عند الشافعية(٢) وهو قول الحنابلة(٣)، أن للأجير أجرة مثله.

لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض، ولا يستحق المسمى؛ لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه.

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بَدعْوَاهُمْ لاَدَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"(٤).

فأما المسمى في العقد فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً أو قطعة قميصاً أو صبغه أسوداً(٥).

أما الوجه الثاني وقاله بعض الشافعية: إن للأجير المسمى من الأجرة، بتحقيق ماحكم به من قبول قوله(٦).

فإن جاء الأجير بشئ لايشبه حلف رب الثوب، كما ذكرنا سابقاً.

---

(١) انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٠.

(٢) المرجعين السابقين.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ٢٦.

(٤) البخاري، صحيح البخاري "المطبوع مع الفتح" ، ج٩، ص ٧٦، كتاب التفسير (٦٥)، باب "إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم" (٣)، رقم الحديث ٤٥٥٢. مسلم، صحيح مسلم "المطبوع مع شرح النووي"، ج١٢، ص ٢، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه. واللفظ له.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٦.

(٦) انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٠.

المذهب الثالث:- وهو الصحيح من المذهب عند الشافعية[١] وقول عند الحنابلة[٢]، ويقول بالتحالف، أي يحلف الأجير والمستأجر.

ووجه هذا القول:- "إن كل واحد منهما مدّعٍ ومدَّعى عليه؛ لأن صاحب الثوب يدعي الأرش والخياط ينكره، والخياط يدعي الأجرة وصاحب الثوب ينكره فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن"[٣].

وبناء على هذا القول يحلف كل واحد منهما على النفي والإثبات. فإن تحالفا لم تجب الأجرة؛ لأن التحالف يوجب رفع العقد، والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة. وهل يجب أرش القطع؟ فيه قولان:-

أحدهما: لايجب؛ لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفي ما أُدعى عليه فبرئا كالمتبايعين.

والثاني: أنه يجب أرش النقص؛ لأنا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه أرشه[٤].

"فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي للحالف سهماً على الناكل، فإن كان الحالف هو الخياط قُضي له بالأجرة وسقوط الغرم، وإن كان الحالف هو رب الثوب قُضي له بالغرم على ما مضى وسقوط الأجرة"[٥].

وقد نوقش هذا القول: "بأن التحالف وضع للفسخ، ولايمكن الفسخ هاهنا فلا يثبت التحالف؛ لأن صاحبه يدعي على الخياط الغصب، والخياط يدعي الأجرة.

---

(١) انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧٠. وانظر: عميرة، حاشية عميرة على شرح المحلى، ج٣، ص ٨٣.

(٢) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٤.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦.

(٤) انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص ٤١٦. الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧١.

(٥) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٧١.

وذلك مما لا يثبت فيه التحالف"[١].

الترجيح:-

الراجح في هذه المسألة هو قول المالكية والمذهب عند الحنابلة أن القول قول الأجير مع يمينه إن عدمت البينة.

لأن الأصل في الأجير أنه أمين فيقبل قوله، وكما وأنه في غالب الأحيان يفعل ما أُذن له ولا يخالف؛ لأن في ذلك حفاظاً على سمعته وإتقانه لعمله بين الناس.

وبالتالي لايغرم شيئاً وتجب له أجرة عمله المتفق عليها.

فإن جاء بشئ لايشبه فالقول قول المالك مع يمينه لوجود قرينة[٢] تدل على صدق المالك وكذب الأجير، والشرع يجوِّز الحكم بالقرائن. وذلك مستند إلى قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ﴾[٣]. والله تعالى أعلم.

ومن أمثلة القرائن في الوقت الحاضر ما لو احضر شخص قماش ثوب ليخيطه له الخياط على صورة الثوب فخاطه سراويل، أو نحوه.

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٢٠.

(٢) القرينة في الاصطلاح: أمر يشير إلى المطلوب.
الجرجاني، التعريفات، ص ١٧٤.

(٣) سورة يوسف: آية ٢٦.
وانظر في هذا المعنى: ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص ٣ وما بعدها.

مسألة:- كيفية تضمين الأجير المشترك

اختلف الفقهاء في كيفية تضمين الأجير المشترك إذا أفسد المعقود عليه، على ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:- وهو للحنفية[(١)] والحنابلة[(٢)]، حيث قالو: إن المستأجر بالخيار بين أن يضمّن الأجير المأجور غير معمول ولا أجر له، وبين أنه يضمنه معمولاً وله الأجر.

جاء في تكملة البحر الرائق: "وإن انكسر دن في الطريق، ضمن الحمال قيمته في محل حمله ولا أجر أو في موضع الانكسار وأجره بحسابه.

أما الضمان فلأنه تلف بفعله؛ لأن الداخل تحت العقد عمل غير مفسد، والمفسد غير داخل فيضمن على مابينا،وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق شئ واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه.

وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن متعدياً وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء. فإن مال إلى كونه متعدياً من الابتداء ضمنه قيمته ولا أجر له، وإن مال إلى كونه مأذوناً فيه في الابتداء وإنما حصل التعدي عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه الأجر بحسابه ... هذا إذا انكسر بصنعه بأن زلق وعثر. فإن عثر بغير صنعه بأن زحمه الناس لايضمن عند الإمام ولا أجر له، وعندهما يضمن قيمته في موضع ما انكسر ولا يخير؛ لأن العين مضمونة عندهما على مابينا ...

هذا إذا انكسر الدن بجناية يده أما إذا حصل لا بجناية، يده فإن كان بأمر لايمكن التحرز عنه لاضمان عليه بالإجماع، وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فكذلك

---

(١) الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٩٣. الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣١. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٩١.

(٢) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٧٢.

عند الإمام وعندهما يجب الضمان وللمالك الخيار"[١]اهـ.

جاء في المبدع: "وإن تلف الثوب بعد عمله[٢] خير المالك؛ لأن الجناية على ماله فكانت الخيرة إليه دون غيره، بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له؛ لأن الأجرة إنما تجب بالتسليم ولم يوجد، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجرته؛ لأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها. ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً، فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي"[٣]اهـ.

وبهذا قال المالكية فيما لو كان الصانع صباغاً، وصبغ الثوب بغير المتفق عليه.

جاء في التبصرة: "وإذا أخطأ الصباغ فصبغ الثوب غير الصبغ الذي سمي له صاحبه وأقر بذلك الصباغ فصاحب الثوب مخير إن شاء أعطاه قيمة الصبغ وأخذ ثوبه وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه يوم دفعه إليه. وإن أبى فلا شئ له؛ لأنه قد أمكن من إحراز صبغه الذي أخطأ به"[٤]اهـ.

المذهب الثاني: وهو للمالكية، وقالوا إن الأجير إذا أفسد ما دُفع إليه كما لو أفسد القصار الثوب فإنه يضمن قيمته يوم القبض، وكذا الراعي إذ أفسد الماشية ضمن قيمتها يوم التلف.

جاء في الشرح الصغير: "إذا ضمن الراعي فيضمن قيمة الماشية يوم التلف لا يوم التعدي ولا يوم الحكم.

---

(١) انظر: الطوري، ج٨، ص ٣٣. وانظر: المرغيناني، الهداية، ج٩، ص ١٢٧. داماد افندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص ٣٨١.

(٢) جاء في تكملة البحر الرائق: وإذا ضمن عندهما إن كان الهلاك قبل العمل ضمن قيمته غير معمول ولا أجر عليه وإن كان بعد العمل فرب الثوب بالخيار".
انظر: الطوري، ج٨، ص ٣١.

(٣) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٢.

(٤) ابن فرحون، ج٢، ص ٢٣٩. وانظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٤، ص ٤٠١.

وكذا الصانع يضمن القيمة يوم الدفع إليه لا يوم التلف ولا يوم الحكم، إلا أن يرى المصنوع عند الصانع بعده، أي بعد يوم الدفع فإن رآه بعده فبآخر رؤية. وإذا كانت القيمة تعتبر يوم الدفع فلا أجرة للصانع، وكذا إذا اعتبرت بآخر رؤية ولم يكن مصنوعاً فإن كان مصنوعاً ضمن قيمته مصنوعاً وعلى ربه الأجرة"[١] ا.هـ.

والحكم السابق إنما هو في الفساد الكثير فإن كان الفساد يسيراً فقد قال مالك إن عليه قيمة ما أفسد بعد رفوه[٢]، وإن كان كثيراً ضمن القيمة ولا أجرة له[٣].

فلو أراد ربه أن يدفع له الأجرة ويأخذ منه قيمته معمولاً لم يجب لذلك، إلا إذا أقر الصانع أنه تلف بعد العمل[٤].

وقال ابن القاسم: "وإذا أفسد الحائك الثوب وكان الغزل يوجد مثله فعليه مثله وينسجه ثانية بالأجرة الأولى، وإن لم يوجد مثله فعليه قيمته وانفسخت الإجارة.

وقال أصبغ[٥]: يأخذ قيمته ويأتيه بمثله فيعمله له ولا تنفسخ الإجارة"[٦].

---

(١) الدردير، ج٢، ص ١٥٧، ١٥٨. وانظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٤، ص ٤٠٠. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٢٧، ٢٢٨.

(٢) رفوت الثوب رفواً من باب قتل ورفيته رفياً من باب رمى ... إذا أصلحته.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٨٩، مادة "رفف".

(٣) انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٤، ص ٤٠٠. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٢٨.

(٤) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ٢٨.

(٥) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع. مولى عبد العزيز بن مروان. يكنى أبا عبدالله. ولد بعد الخمسين والمائة وكان قد رحل إلى المدينة ليسمع عن مالك فدخلها يوم مات، وصحب ابن القاسم وأشهب وتفقه بهم. تفقه عليه ابن المواز، وابن حبيب وغيرهم. وكان أعلم الناس بمذهب مالك. له تآليف حسان منها "كتاب الأصول" و "تفسير غريب الموطأ" و "آداب القضاة" توفي سنة خمس وعشرين ومائتين.
انظر ترجمته: ابن حجر، تهذيب التهذيب، ج١، ص ٣١٥. ابن فرحون، الديباج المذهب، ص ١٥٨.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٢٩.

المذهب الثالث:- وهو للشافعية حيث إنهم اختلفوا في كيفية تضمين الأجير المشترك بناء على اختلافهم في تضمينه.

جاء في المهذب: "فإن قلنا إنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ماكانت من حين تعدى إلى أن تلف؛ لأنه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب.

وإن قلنا إنه ضامن لزمه قيمته أكثر ماكانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب.

ومن أصحابنا من قال يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير وليس بشئ"[1] ا.هـ.

الترجيح:

الذي يترجح عندي من الأقوال السابقة هو قول الحنفية والحنابلة أن المستأجر بالخيار لأنه المالك؛ ولأن التلف حصل في ملكه فله تضمين الأجير المخالف بما يراه مناسباً وموافقاً لمصلحته. واللّه تعالى أعلم.

---

(١) الشيرازي، ج١، ص ٤١٤. وانظر الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٤. قليوبي، حاشية قليوبي على شرح المحلي، ج٣، ص ٨١.

مسألة: ضمان تابع الأجير.

اتفق فقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] على أنه إذا استأجر المشترك أجيراً خاصاً كخياط أو صباغ يستأجر أجيراً مدة معلومة يستعمله فيها فيتلف ما تحت يده بدون تعدى منه أو تفريط، فإنه لا ضمان على الأجير الخاص "تابع الأجير" ويكون الضمان على الأجير المشترك.

جاء في الدر المختار: "فعل الأجير في كل الصنائع يضاف لأستاذه، فما أتلفه يضمنه أستاذه مالم يتعد فيضمنه هو"[4]ا.هـ.

لأن عمل الأجير كان بإذن أستاذه فلا يضمن، ولأنه أجير خاص لأستاذه يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة[5].

وجاء في مواهب الجليل: "الأجير الذي يعمل عند الصانع لاضمان عليه، والضمان على الصانع.

قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصناع ويضمن القصار ما أفسد أجيره ولاشئ على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط[6].ا.هـ.

وجاء في شرح منتهى الإرادات: "وإن استأجر مشترك خاصاً كخياط أو صباغ يستأجر أجيراً مدة معلومة يستعمله فيها فلكل منهما حكم نفسه فما تقبله صاحب الدكان ودفعه إلى أجيره فتلف في يده بلا تعدٍ ولا تفريط لم يضمنه؛ لأنه أجير خاص

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ١٠٣. الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٨.

(٢) مالك بن أنس، المدونة، ج٣، ص ٤٠١. المواق، التاج والاكليل، ج٥، ص ٤٢٩.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٢٢. ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٠.

(٤) الحصكفي، ج٩، ص ١٠٣.

(٥) انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ١٠٣.

(٦) الحطاب، ج٥، ص ٤٢٩.

وضمنه صاحب الدكان لأنه مشترك"[١].

وعلى هذا فإن الضرر الحاصل من فعل تابع الأجير سواء كان خياطاً أم قصاراً أم نجاراً أم حداداً ينظر إليه، إن كان فعل الأجير في العين في حدود المأمور به أو المأذون فيه صراحة أو ضمناً، فالضمان على الأستاذ، وإن لم يكن كذلك فهو على الأجير، لتعديه.

جاء في تكملة البحر الرائق: "لو تلف من أجير القصار لا متعمداً فالضمان على القصار لا على الأجير؛ لأن التلف حصل من عمل القصارة، ولو وطئ الثوب فتخرق ينظر إن كان يوطأ مثله لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون دلالة، وإن كان لا يوطأ بأن كان رقيقاً ضمن. ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوباً من القصارة، أو حمل شيئاً فوقع على ثوب القصارة فتخرق فالضمان على الأستاذ"[٢].

واستثنى المالكية من ذلك ما لو أخذ الأجير السلعة إلى بيته وغاب بها عن حانوت أستاذه فإنه يكون ضامناً.

قال ابن رشد: "وسُئل عن الغسال يكثر عليه المتاع فيستأجر الأجراء يبعثهم إلى البحر بالثياب فيزعمون أنه ضاع منهم بعض ذلك؟ قال: يضمنون، قيل له: أيضمن الأجراء؟ قال: نعم؛ لأنهم أجراء في صناعة، فكل أحد في صناعته فهو ضامن.

وقيل له: وكذلك الخياط يستأجر الأجراء عنده فيدفع إليهم بعض الأمتعة ينقلبون بها يعملون بها فيدّعون أنها ضاعت، قال: نعم، الصناع والخياط واحد"[٣]. ا.هـ.

ثم قال ابن رشد معلقاً على هذه المسألة: "قول ابن القاسم: إنه لا ضمان على أجير القصار فيما أتى على يديه مما استأجره القصار عليه إلا أن يكون ضيع أو فرط

---

(١) البهوتي، ج٢، ص ٢٧٢.

(٢) الطوري، ج٨، ص ٣١، ٣٢.

(٣) البيان والتحصيل، ج٤، ص ٢١٥.

أو تعدى وضمان ذلك على القصار لرب الثوب، وليس ذلك بخلاف لقوله في هذه الرواية لأن المعنى في قوله في المدونة إنه لا ضمان على أجيره فيما أتى على يديه مما عنده في حانوته أو في داره، والمعنى في هذه الرواية أنه يضمن ما قاطعه عليه من الثياب فانقلب بها لعملها وغاب عليها فادعى تلفها أو أفسدها؛ لأنهم أجراء في الصناعة، فإذا نصبوا أنفسهم للعمل فهم كالصناع في الحكم فسواء أخذوا العمل من التجار أو أخذوه من صناع مثلهم هم في ضمان الصناع كمن استأجرهم من الصناع"[1].ا.هـ.

فتابع الأجير لو أخذ السلعة من أستاذه وغاب بها، فإنه يكون ضامناً كما لو أخذها من سائر الناس. والله أعلم.

---

(١) البيان والتحصيل، ج٤، ص ٢١٥.

مسألة: ضمان الطبيب:

تمهيـد:-

"يعتبر علم الطب من العلوم المهمة في حياة البشرية، وبتطبيقه تتحقق كثير من المصالح العظيمة والمنافع الجليلة، والتي منها حفظ الصحة، ودفع ضرر الأسقام والأمراض على بدن الإنسان، فيتقوى المسلم بذلك على طاعة ربه تعالى ومرضاته.

ولعظيم مافيه من المصالح والمنافع أباحت الشريعة الإسلامية تعلمه وتعليمه، وتطبيقه"[١] بل إن فقهاء الإسلام نصوا على أن تعلم الطب وتعليمه فرضاً كفائياً على المسلمين إذا قام به بعضهم سقط الإثم عن الباقين، ويأثم كلهم إذا تركوه[٢].

لذلك فقد اهتم الفقهاء ببيان أحكام الطب وتعاطيه، وتكلموا عن الأخطاء التي قد تترتب عن عمل الطبيب، ومتى يكون ضامناً لها، وذلك في ثنايا حديثهم عن ضمان الأجير؛ لأن الطبيب أجيرٌ من الأجراء.

ووضعوا ضوابط لضمان الطبيب، وفيما يلي نذكر مسألة ضمان الطبيب بشئ من التفصيل.

أولاً : الطب في اللغة:- جاء في كتاب "المقاييس في اللغة" في مادة "طبّ": الطاء والباء أصلان صحيحان:

أحدهما يدل على علم بالشئ ومهارةٍ فيه، والآخر على امتدادٍ في الشئ واستطالة.

فالأول الطب، وهو العلم بالشئ، يقال رجلٌ طبٌّ وطبيب، أي عالم حاذق"[٣].

---

(١) محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٧٧.

(٢) انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤١٥. محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٨٠. محمد الأحمد، نظرية الخطأ في الفقه الإسلامي، ص ٣١٧.

(٣) ابن فارس، ص ٦١٧.

وجاء في الصحاح: "وكل حاذقٍ طبيبٌ عند العرب. وفلان يستطب لوجعه، أي يستوصف الدواء أيه يصلح لدائه"[١].

ولفظ الطبيب يتناول من يطب بوصفه، وقوله: وهو الذي يُخصُّ باسم الطبائعي، وهو الكحال، وبمبضعه[٢] ومراهمه وهو الجرائحي، وبموسه وهو الخاتن[٣]، وبريشته وهو الفاصد[٤]، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام[٥]، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبر، وبمكواته وناره وهو الكواء، وبقربته وهو الحاقن، وسواء كان طبه لحيوان بهيم أم إنسان فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم[٦].

أقوال العلماء في ضمان الطبيب:-

اتفق فقهاء الحنفية[٧] والمالكية[٨] والشافعية[٩] والحنابلة[١٠] على أنه لا ضمان على الطبيب إذا توافرت فيه شروط عدم تضمينه والتي سيأتي ذكرها.

"ذلك أن الطبيب إذا كان حاذقاً أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده فتولد من

---

(١) الجوهري، ج١، ص ١٠٧، مادة "طب".

(٢) "بضعت الغصن أبضعه، أي قطعته". و" بضعت اللحم بضعاً من باب نفع شققته".
ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ١٣٧، مادة "بضع". الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٠، مادة "بضع".

(٣) الخِتان: موضع القطع من الذكر.
ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ٣٤٢، مادة "ختن".

(٤) فصد: (الفصد) قطع العرق.
الرازي، مختار الصحاح، ص ٥٠٤، مادة "فصد".

(٥) حجم الحاجم حجماً من باب قتل شرطه وهو حجام ... والقارورة محجمة.
انظر: الفيومي، المصباح المنير، ص ٤٧، مادة "حجم".

(٦) انظر: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج٤، ص ١٤٢.

(٧) الحصكفي، الدر المختار، ج٩، ص ٩٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ١٣٧.

(٨) الصاوي، بلغة السالك، ج٢، ص ٢٥٨. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٣١.

(٩) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٠. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٣١.

(١٠) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص ١١٠. البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ص ٢٧٠.

فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس، أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيه، وهذا كما إذا ختن الصبي في وقته، وسنه قابل للختان وأعطى الصنعة حقها فتلف العضو أو الصبي، لم يضمن.

وكذلك إذا بط[١] من عاقل أو غيره ماينبغي بطه في وقته على الوجه الذي ينبغي فتلف به، لم يضمن. وهكذا سراية كل مأذون فيه لم يتعد الفاعل في سببها، كسراية الحد بالاتفاق"[٢].

"ولأن هذا فعل واجب والفعل الواجب لايجامعه الضمان"[٣]. كما وأن عدم السراية ينبني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وماهو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مسيس الحاجة إليه[٤].

فالفقهاء متفقون على أنه لاضمان على الطبيب إذا نشأ عن فعله تلف؛ لأن فعله مأذون فيه إلا أنهم يشترطون في هذا الطبيب شروطاً:-

الشرط الأول:- أن يكون الطبيب عالماً وحاذقاً بصنعته.

جاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق أن الطبيب إذا جاوز المعتاد فإنه يكون ضامناً "لأنه ظهر منه التقصير، وذلك بأن يوضع ثلاثة أوراق ويقال للحجام اضرب بمشرطك على هذه الأوراق وأنفذه من الأثنين دون الثالث فإن فعل ذلك فهو حاذق لايضمن وإلا ضمن"[٥]. ا.هـ.

---

(١) البطُّ: الشق. يقال بطَّ الجُرْحَ يُبطّهُ بَطّاً، أي شقه.
ابن فارس، المقاييس في اللغة، ص ١٠٩، مادة "بط".

(٢) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج٤، ص ١٣٩.

(٣) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٣.

(٤) انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ١٢٨.

(٥) ج٥، ص ١٣٧.

وجاء في التبصرة: "وإن كان الخاتن غير معروف بالختن والإصابة فيه وعرض نفسه فهو ضامن لجميع ما وصفناه في ماله، ولا تحمل العاقلة من ذلك شئ وعليه من الإمام العدل العقوبة الموجعة بضرب ظهره وإطالة سجنه، والطبيب والحجام والبيطار فيما أتى على أيديهم بسبيل ما وصفنا في الخاتن"[١] ا.هـ.

فقوله غير معروف بالختن والإصابة فيه: أي أنه يجهله.

وجاء في حاشية قليوبي على شرح المحلي: "شرط الطبيب أن يكون ماهراً بمعنى أن يكون خطؤه نادراً وإن لم يكن ماهراً في العلم فيما يظهر فتكفي التجربة، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد ويضمن"[٢] ا.هـ.

فاشتراط المهارة أو التجربة في الطبيب تدل على وجوب كونه عالماً خبيراً بمهنته وإلا ضمن.

وجاء في المبدع: "واقتضى ذلك أنهم إذا لم يكن لهم حذق في الصنعة أنهم يضمنون؛ لأنه لا تحل لهم مباشرة القطع، فإذا قطع فقد فعل محرماً، فيضمن سرايته"[٣]ا.هـ.

والأصل في هذا الشرط قوله عليه الصلاة والسلام: " مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَم مِنْهُ طِبٌّ قَبْلَ ذلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ"[٤].

قال ابن القيم في معرض تعليقه على الحديث: "وأما الأمر الشرعي فإيجاب الضمان على الطبيب الجاهل، فإذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة

---

(١) ابن فرحون، ج٢، ص ٢٣١.

(٢) ج٣، ص ٧٨.

(٣) ابن مفلح، ج٥، ص ١١٠.

(٤) ابوداود، سنن أبي داود، ج٤، ص ١٩٤، كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم [فأعنت]، رقم الحديث ٤٥٨٦. النسائي، سنن النسائي، ج٨، ص ٤٦، كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد، وعلى من دية الأجنة. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج٢، ص ١١٤٨، كتاب الطب (٣١)، باب من تطبب ولم يُعلم منه طب (١٦)، رقم الحديث ٣٤٦٦. واللفظ للنسائي وابن ماجه.

فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على مالم يعلمه فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذلك"[١]ا.هـ.

كما نقل ابن القيم الإجماع على ذلك[٢]. وقال الخطابي[٣]: "لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً. والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدٍ فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط القود عنه؛ لأنه لايستبد بذلك دون إذن المريض"[٤].

وهذا الشرط الذي قاله الفقهاء موافق لما تقتضيه أصول الشريعة والعقول السليمة وذلك محافظة على أرواح الناس وأجسادهم، حتى لا تكون حقل تجارب للعابثين المستهترين، ذلك أن مثل هؤلاء يدعون العلم بالطب وهم بعيدون عنه، فلو علموا أنهم سيضمنون التلف الناشئ عن فعلهم لو كشف أمرهم، فلا شك أنهم سينزجرون وينكفون عن التطبيب[٥].

واستثنى ابن القيم من ذلك مالو علم المريض بجهل الطبيب ومع ذلك سلمه نفسه. حيث قال: "القسم الثاني: متطبب جاهل باشرت يده من يطبه فتلف به، فهذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له، وأَذِنَ له في طبه لم يضمن، ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غرّ العليل وأوهمه أنه طبيب، وليس كذلك، وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طبه لأجل معرفته، ضَمِنَ الطبيب ما جنت يده. وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه

---

(١) زاد المعاد، ج٤، ص ١٣٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، أبوسليمان: فقيه محدث، من نسل زيد بن الخطاب. ولد سنة تسع عشرة وثلاثمائة. له "معالم السنن" في شرح سنن أبي داود و"بيان إعجاز القرآن". توفي سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة.
انظر ترجمته: الزركلي، الأعلام، ج٢، ص ٢٧٣.

(٤) زاد المعاد، ج٤، ص ١٣٩. العظيم آبادي، عون المعبود، ج١٢، ص ٢١٥.

(٥) انظر: محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية ، ص ٥٢٤.

وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه، والحديث ظاهر فيه"[١]اهـ.

"ويُعرف حذق الطبيب وعدمه بقول طبيبين عدلين غير عدوين له، ولا خصمين ولا مجاملين لقرابة قريبة. فإن قال طبيبان: إنه ليس بأهل، وهذا من خرق فعله. وقال آخران هو أهل فلا ضمان. وإن كان في جانب الطبيب واحد وفي جانب الآخر اثنان ضمن الطبيب"[٢].

الشرط الثاني:- أن يتقيد الطبيب بأصول المهنة وذلك بأن لايتجاوز الحد عند أهل الإختصاص ولا يقصر في أداء الواجب، فإن لم يتقيد الطبيب بذلك عن عمد أو خطأ كان ضامناً[٣].

ومن أمثلة مجاوزة الطبيب للحد كما لو تجاوز في الختان فقطع جزءً من الحشفة، أو قصّر في أداء الواجب كما لو قطع بآلة كالة أو قطع في وقت لايصلح فيه القطع.

جاء في الدر المختار: "ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ[٤] لم يجاوز الموضع المعتاد فإن جاوز المعتاد ضمن الزيادة"[٥].

وجاء في التاج والإكليل: "إذا أخطأ مثل أن يسقي الطبيب المريض مالايوافق مرضه أو تزل يد الخاتن أو القاطع فيتجاوز في القطع، أو الكاوي فيتجاوز في الكي، أو يد الحجام فيقلع غير الضرس التي أمر بها، فإن كان من أهل المعرفة ولم يفرط من نفسه فذلك خطأ على العاقلة[٦] إلا أن يكون أقل من الثلث فيكون في ماله وإن كان ممن لايحسن وغرّ من نفسه فعليه العقوبة ..."[٧].

---

(١) زاد المعاد، ج٤، ص ١٤٠.

(٢) محمد الأحمد، نظرية الخطأ في الفقه الإسلامي، ص ٣١٨. وانظر: الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٣.

(٣) انظر: محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٥٢٥.

(٤) البزغ الشق، يقال: بَزَغَتِ السِّنُّ بزغاً وبزوغاً: شقت اللحم فخرجت، وبزغ الطبيب الجلدَ بزغاً: شرطه فأسال دمه. والمِبْزَغُ: المِشْرَط.
انظر: إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج١، ص ٥٤، مادة بَزَغَتِ

(٥) الحصكفي، ج٩، ص ٩٤.

(٦) عاقلة الإنسان: ذكور عصباته كلهم من النسب والولاء، قريبهم وبعيدهم، حاضرهم وغائبهم.
انظر: ابن عبد البر، الكافي، ص ٥٩٤، البهوتي، الروض المربع، ج ٧، ص ٢٩٧.

(٧) المواق، ج٥، ص ٤٣١

كما جاء في الحاوي: "الحجام يحجم أو يختن، فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته"[١] ا.هـ.

وجاء في شرح منتهى الإرادات: "ولا ضمان على حجام أو بيطار أو طبيب خاصاً كان أو مشتركاً بشرط .. أن لا يتجاوز بفعله مالاينبغي تجاوزه بأن لم تجن يده فإن تجاوز بالختان إلى الحشفة أو بقطع السلعة[٢] أو نحوها محل القطع أو قطع في وقت لا يصلح فيه القطع أو بآلة كالة ونحوها ضمن"[٣].

الشرط الثالث:- إذن المريض إن كان مكلفاً، أو إذن وليه إن كان غير مكلف.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط.

فذهب الحنفية[٤] والمالكية[٥] وقول عند الشافعية[٦] والصحيح من المذهب

---

(١) الماوردي، ج٩، ص ٢٥٥.

(٢) السَّلْعَةُ: الشَّجَّةُ في الرأس كائنة ما كانت والجمع سِلاَعٌ. والسَّلْعُ: الشق في القدم.
انظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص ٩٤٢، مادة "سَلْعُ". إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، ص ٤٤٣، مادة "سَلَعَ".

(٣) البهوتي، ج٢، ص ٢٧٠.
وقد ذكر محمد الشنقيطي أن الحالة الثالثة من حالات تضمين الطبيب: أن يكون عالماً بالمهمة ويتقيد بأصولها ولكن تزل يده خطأ أثناء العمل، كما لو تحركت يد الطبيب الجراح بلا شعور منه فيقطع شرياناً أو يجرح موضعاً فيتضرر المريض من ذلك؛ لأن هذا الفعل ليس من الأفعال المتعلقة بالمهمة. انظر: أحكام الجراحة الطبية، ص ٥٢٨، ٥٢٩.
قلت: والذي أراه أن هذا يدخل في الكلام السابق؛ لأن تجاوز الحد سواء كان عمداً أم خطأً يوجب الضمان وليس هو من جنس العمل الطبي. والله أعلم.

(٤) البابرتي، العناية على الهداية، ج٩، ص ١٢٧. ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، ص ٩٤.

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٤٣. ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام، ج٢، ص٨٠.

(٦) الماوردي، الحاوي، ج٩، ص ٢٥٥. النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٠.
حيث قال الماوردي: "فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه. سواء كان الحجام منفرداً أو مشتركاً. لأن الحر في يد نفسه وليست عليه يد، فصار المنفرد والمشترك معه على سواء.
وإن حجم عبداً، فإن كان مع سيده أو في منزل سيده، فلا ضمان على الحجام؛ لأن يد سيده لم تزل عنه، فلم يضمن إلا بالجناية. وإن لم يكن مع سيده ولا هو في منزله، ففي وجوب الضمان قولان؛ لأن الحجام أجير مشترك".

عند الحنابلة[١] أن الطبيب يضمن إذا أقدم على العلاج بدون إذن المريض أو وليه، ونتج عن ذلك ضرر.

واستدلوا على ذلك:-

بما روي أن عمر "قضى في طفلة ماتت من الختان بديتها على عاقلة خاتنتها"[٢].

فحملوا فعل عمر على أن الخاتنة لم يأذن لها أولياء المختونة، فضمنت[٣].

ولأن الفعل لما كان غير مأذون فيه فإن سرايته تضمن[٤] إعمالاً للأصل وهو وجوب الضمان[٥].

المذهب الثاني:- وهو المذهب عند الشافعية[٦] وقول عند الحنابلة[٧] وقول ابن حزم[٨] إنه لاضمان على الطبيب إذا أقدم على علاج المريض بدون إذنه أو إذن وليه.

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص ٣٥. المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٥.

(٢) لم أقف على تخريجه، وقد ذكره الألباني في الإرواء وسكت عنه. انظر: ج٥، ص ٣٢٠، رقم الأثر ١٤٩٧. ولفظ الأثر مأخوذ من: الضويان، منار السبيل، ج١، ص ٣٩١.

(٣) انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٧٠. الضويان، منار السبيل، ج١، ص ٣٩١.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص ١٣٤.

(٥) محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٥٣١.

(٦) قال النووي: "قال الأصحاب: إذا حجمه أو ختنه فتلف، إن كان المحجوم أو المختون حراً فلا ضمان؛ لأنه لاتثبت اليد عليه. وإن كان عبداً نظر في انفراد الحاجم باليد وعدم انفراده، وأنه أجير مشترك أم لا؟ وحكمه ماسبق. والمذهب: أنه لا ضمان مطلقاً إذا لم يفرط. وكذا البيطار إذا بزغ الدابة فتلفت" ا.هـ. روضة الطالبين، ج٤، ص ٣٠٠.
قلت: "قوله" والمذهب أنه لا ضمان مطلقاً إذا لم يفرط" يدل على أن النظر في الضمان إلى التفريط لا إلى الإذن.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص ٧٥.

(٨) المحلى، ج١١، ص ٦٨.

وقد استدلوا لمذهبهم بما يلي:-

أولاً :- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ والتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ والعُدْوَانِ﴾[(١)].

وجه الاستدلال من الآية:- أن الطبيب إذا أقدم على علاج المريض فقد أحسن إليه وداواه وخفف عنه الألم[(٢)].

ثانياً:- قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى المُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[(٣)].

وجه الاستدلال:- "أن من داوى أخاه المسلم كما أمر اللّه تعالى على لسان نبيه فقد أحسن"[(٤)]، فلا سبيل عليه بإيجاب الضمان.

ثالثاً : - ما رواه أسامة بن شريك[(٥)] قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم: "تَدَاوَوْا، عِبَادَ اللّه فَإِنَّ اللّهَ سُبْحَانَهُ لَمْ يَضَعْ دَاءً إلاَّ وَضَعَ مَعَهُ شِفَاءً إلاَّ الهَرَمَ"[(٦)].

---

(١) سورة المائدة، آية ٢.

(٢) انظر: ابن حزم، المحلى، ج١١، ص ٦٩.

(٣) سورة التوبة، آية ٩١.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج١١، ص ٦٩.

(٥) أسامة بن شريك الثعلبي. أحد بني ثعلبة له صحبة. روى حديثه أصحاب السنن، وأحمد وابن خزيمة، وابن حبان، والحاكم. وروى أسامة بن شريك أيضاً عن أبي موسى الأشعري.
انظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، ج١، ص ٢٠٣.

(٦) أبوداود، سنن أبي داود، ج٤، ص ٣، كتاب الطب، باب في الرجل يتداوى، رقم الحديث ٣٨٥٥. الترمذي، سنن الترمذي "المطبوع مع تحفة الأحوذي"، ج٦، ص ١٥٩، أبواب الطب، باب ماجاء في الدواء والحث عليه (٢)، رقم الحديث ٢١٠٩. وقال هذا حديث حسن صحيح. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج٢، ص ١١٣٧، كتاب الطب (٣١)، باب ما أنزل اللّه داء إلا أنزل له شفاء (١)، رقم الحديث ٣٤٣٦ واللفظ له. ابن حزم، المحلى، ج١١، ص٦٩.

"فالطبيب ممتثل لأمر الشرع بمداواته للغير ولو بغير إذنه"(١).

"وأيضاً فإن الطبيب إن كان متعدياً، فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه.

فإن قلت: هو متعد عند عدم الإذن، غير متعد عند الإذن، قلت: العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله، فلا أثر للإذن وعدمه فيه"(٢).

واستثنى ابن حزم من الحكم السابق ما لو كان المرض يرجى بروءه، أو كان الألم يتوقف أحياناً، أو لايشغل المريض عن صلاته ومصالح أموره، فإن كان الأمر كذلك وداوى الطبيب المريض بدون إذنه أو إذن وليه فإن عليه القود؛ لأنه حينئذ متعدٍ، وقد أمر اللّه تعالى بالقصاص في القود(٣).

الترجيح:

الذي يترجح في نظري والعلم عند اللّه هو تضمين الطبيب إذا أقدم على علاج المريض بدون إذنه أو إذن وليه.

لأن فعل الطبيب وإن كان فيه تعاوناً على البر والتقوى وإحساناً إلا أن فيه اعتداء على حق المريض وإيلاماً لجسده بغير رضاً منه أو إذن، فالطبيب متعدٍ من هذه الجهة.

"ثم لو قلنا بجواز فعل الأطباء للجراحة بدون إذن المريض بناء على أنهم قاصدون للبر للزم منه أن يقال بجواز أخذ التجار "الذين يحسنون صنعة التجارة" لأموال الناس ولو بغير رضاهم ليتاجروا بها، وينفعونهم بتلك المتاجرة، وإذا خسروا لاضمان عليهم إذا لم يتعدوا، وهذا لم يقل به أحد، فإذا انتفى اعتبار ذلك في الأموال

---

(١) محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٥٣٢.

(٢) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج٤، ص ١٤١.

(٣) انظر: المحلى، ج١١، ص ٦٩.

فمن باب أولى أن ينتفي اعتباره في الأبدان التي هي أعظم حرمة عند الله تعالى وتلفها لايمكن تعويضه بخلاف المال"[١].

ويستثنى من ذلك ما لو كانت حالة المريض خطيرة يترتب على تركه بدون علاج إتلاف عضو أو هلاك نفس، كما في حوادث السير والتي قد يكون المصاب فيها في حالة غيبوبة بحيث لايتمكن من إعطاء الإذن للطبيب، أو يكون صغيراً وليس معه وليه وقت حصول الحادث ففي هذه الحالة يجب على الطبيب المداواة وإن لم يأذن له المريض ولا يضمن.

كما لو رأى إنساناً يغرق وهو قادرٌ على إنقاذه فتركه حتى مات فإنه يأثم بتركه، فكذا هاهنا. والله تعالى أعلم.

كيفية تضمين الطبيب:-

تحدث الفقهاء عن كيفية تضمين الطبيب إذا أخطأ وتجاوز الحد، جاء في تبيين الحقائق: "وإن هلك يضمن نصف دية النفس؛ لأنه هلك بمأذن وغير مأذون فيضمن بحسابه، حتى لو كان الختان قطع الحشفة وهو عضو كامل يجب عليه الدية كاملة، وإن مات وجب نصف الدية وهي من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الأكثر بالبرء وبالهلاك الأقل.

وفي شرح الطحاوي: لو قطع الحشفة فعليه القصاص، ولو قطع بعض الحشفة فلا قصاص عليه، ولم يذكر مايجب عليه وفي الصغرى تجب حكومة عدل"[٢]ا.هـ.

---

(١) محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص ٥٣٣. يُحمل كلام الدكتور محمد الشنقيطي على مالو كانت حالة المريض غير خطيرة بحيث لا يترتب على تركه بدون علاج فقد عضواً وهلاك نفس، لأنه إن كانت حالة المريض خطرة فإن الطبيب المسلم يأثم بتركه دون علاج كما أوضحنا في الاستثناء من الحكم السابق.

(٢) الزيلعي، ج٥، ص ١٣٧. وانظر: الطوري، تكملة البحر الرائق، ج٨، ص ٣٣.

وقال المالكية: "إن كان الطبيب معروفاً بالعلم والإصابة فيه وأخطأت يده كما لو قطع مالا يقطع مثل أن يقطع من الحشفة شيء، فإن مات المختون من ذلك فديته على عاقلة الخاتن، وإن عاش نظر فإن كان قطعها كلها ففيه الدية كاملة على العاقلة لأنه يعد خطأ من الخاتن، وإن كان أقل من ذلك فبحسابه، وما كان أقل من الثلث ففي ماله.

أما إن كان الطبيب جاهلاً فهو ضامن لجميع ماوصفنا في ماله ولا تحمل العاقلة من ذلك شيء وعليه من الإمام العدل العقوبة الموجعة بضرب ظهره وإطالة سجنه"[(١)]ا.هـ.

وقال الحنابلة إن كان الطبيب جاهلاً فإنه يضمن من ماله أما إن كان عالماً أعطى الصنعة حقها ولكن أخطأت يده فإن كانت الثلث فما زاد فهو على عاقلته فإن لم تكن عاقلة فاختلفت الروايات عن الإمام أحمد فمنها مايقول إن الدية تكون في ماله، ومنها مايقول إن الدية تكون على بيت المال.

وقيل: إن كان الطبيب ذمياً ففي ماله، وإن كان مسلماً، ففيه الروايتان، فإن لم يكن بيت مال، أو تعذر تحميله، فهل تسقط الدية، أو تجب في مال الجاني؟ فيه وجهان أشهرهما: سقوطها[(٢)].

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٢٣٠.

(٢) انظر: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج٤، ص ١٤٠، ١٤١.

الخاتمة

الخاتمـــة

الحمد لله الذي هداني ووفقني وأعانني على إتمام هـذا البحـث المتواضـع، وقـد توصلت من خلاله إلى نتائج من أهمها مايلي:-

١ - إن الضمان والتعويض مبني علـى أسـاس فكـرة جبر الضـرر الواقـع علـى المـال، لذلك فإن الضمان في الفقه الإسلامي لايثبت إلا في حالـة التعـدي علـى الأمـوال المعتبرة في الشرع.

٢ - لايجب الضمان إلا إذا وجدت موجباته، وذلك بحصول الضرر الناتج عن تعدٍ.

٣ - ضابط التعدي يُعرف بمخالفة ما اقتضاه العقد، سواء كان ما اقتضاه العقد متعارفـاً عليه بين الناس؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. أم كان مـا اقتضـاه العقـد مشروطاً بشروط معتبرة عند الشارع؛ لأن المسلمين على شروطهم.

٤ - إن الأسباب التي يجب من خلالها الضمان هي العقد واليد والإتـلاف والحيلولـة، وماعدا ذلك مما ذكره الفقهاء فإنه يدخل تحت هذه الأسباب.

٥ - حصول التلف في الأعيان لايخلو من أن يكون كلياً يُذهب ذات العين، ففي هـذه الحالة يجب التعويض بالمثل؛ لأنـه أعـدل فـي الجبر، فـإن عُـدم المثـل أو تعـذر وجوده فإنه يعدل عنه إلى القيمة فإن كان التلـف جزئيـاً بمعنـى أنـه أذهـب بعـض منافع العين مع بقاء ذاتها، فإن المنفعة التالفة تضمن بالقيمة؛ لأن المنـافع ليسـت من ذوات الأمثال.

٦ - تقدير قيمة التالف، ووقته، يختلف بحسب السبب المنشئ للضمان.

٧ - إن طلب التعويض يسقط بتقادم الدعوى فيه مع عدم وجود العذر.

٨ - إن الأصل في العين المؤجَّرة أنها أمانة في يد مستأجرها، مدة الإجارة وكذا بعدها وعلـى هـذا فـإن حصـل تلـف فـي العيـن المسـتأجرة بسـبب الفعـل المـأذون فيـه

بمقتضى العقد أو العرف أو الشرط، فإن المستأجر لايكون ضامناً له، وإن حصل التلف بسبب المخالفة في الأمور السابقة فإن الضمان يثبت على المستأجر، لتحقق التعدي.

٩ - إن اشتراط المؤجِّر على المستأجر ضمان كل تلف يحصل في العين، وإن كان التلف بسبب الفعل المأذون فيه، أو اشتراطه على المستأجر صيانة العين وإصلاحها، فإنه لايعتد بمثل هذا الشرط؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، إلا أن العقد لايفسد بمثل هذا الشرط على أرجح أقوال أهل العلم إلا إن كان مبلغ الصيانة معلوم القدر.

١٠- لمّا كان المستأجر أميناً على العين فإن قوله يُقبل في عدم التعدي أو التفريط كسائر الأمناء.

١١ - إن أحكام الضمان السابقة تثبت في عقد الإجارة سواء كانت صحيحة أم فاسدةً.

١٢ - إن أعمال الإصلاح والصيانة الأساسية للعين والتي يتوقف عليها أداء العين للمنفعة إنما هي على المالك ولايجبر عليها. أما أعمال الصيانة الدورية فإنها تُرد إلى العرف.

١٣ - إن تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على المسائل الفقهية لا تخرج عن الضوابط العامة التي وضعوها في هذا المجال.

فسواء كانت العين المستأجرة وسائل نقل أم وسائل عمل أم عقارات ثابتة، فإن ضمان التلف الحاصل فيها لايثبت إلا إذا حصل تعدٍّ من المستأجر عليها. وبناءً عليه فإن المسائل المعاصرة لاتخرج عن هذا الأصل.

١٤ - اختلاف الفقهاء في طريقة التضمين مردُّه إلى اختلافهم في الاجتهادات والآراء.

١٥ - أن الأصل في الأُجراء أنهم أمناء فلا يضمنون إلا فيما ثبت فيه تعديهم أو تفريطهم، إلا أن المصلحة اقتضت تضمين الأجير المشترك لحفظ أموال الناس

حتى لا تتهاون بها الأيدي، وبالتالي فإن ضمان الأجير المشـترك ضمـان تهمـة لا ضمان أصالة ينتفي بإقامة البينة على أرجح أقوال أهل العلم.

وهناك جملة من النتائج والترجيحات يجدها القارئ في ثنايا البحث.

والله تعالى أعلم.

الفهارس العامة للرسالة

١ - فهرس الآيات القرآنية.

٢ - فهرس الأحاديث النبوية.

٣ - فهرس الآثار.

٤ - فهرس الأعلام.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾	١٧٩	٢٢
﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾	١٨٨	٢٦٥
﴿فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ﴾	١٩٣	٢٧١
﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾	١٩٤	١٨، ٢٣، ٥٠، ١٥٦
﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِن رَّبِّكُمْ﴾	١٩٨	١٤١
سورة آل عمران		
﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّه حَقَّ تُقَاتِهِ ...﴾	١٠٢	١
سورة النساء		
﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ ...﴾	١	١
﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾	٢٤	١٥٧
سورة المائدة		
﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾	١	١٦، ٤٠، ١٠٠، ٢٤٤
﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾	٢	٣١٨
سورة الأنعام		
﴿وَمِنَ الأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشاً﴾	١٤٢	١٣٩
سورة الأعراف		
﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾	١٩٩	٢٧

الآية	رقمها	الصفحة
سورة التوبة		
﴿ما على المحسنين من سبيل﴾	٩١	٣١٨
سورة يوسف		
﴿إن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ﴾	٢٦	٣٠٢
سورة النحل		
﴿وتَحمِلُ أثقَالَكُمْ إلىَ بَلَدٍ لَّمْ تكُونُواْ بَالِغيهِ إلاَّ بِشِقِّ الأنفُسِ إنَّ رَبَّكُمْ لَرءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾	٧	١٣٩
﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَة وَيَخْلُقُ مَالاَ تَعْلَمُونَ﴾	٨	١٣٨
﴿وإنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَاعُوقِبتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾	١٢٦	١٨
سورة الكهف		
﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَو شِئْتَ لَتَّخذْتَ عَلَيْهِ أجْراً﴾	٧٧	٦٩
﴿قالوا ياذا القرنين إن يأجوج ومأجوج مفسدون في الأرض...﴾	٩٤	٦٩
سورة القصص		
﴿فَجآءَتهُ إحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَآءٍ قَالَتْ إنَّ أَبِي يَدْعُوكَ لِيَجْزِيَكَ أَجْرَ مَا سَقَيْتَ لَنَا﴾	٢٥	٦٩
﴿قَالَتْ إحدَاهُمَا يَـأبَتِ اسْتَئْجِرهُ إنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَئْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ﴾	٢٦	٦٩
﴿قَالَ إنّي أُرِيدُ أنْ أُنكِحَكَ إحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أن تَأْجُرَني ثَمَنِىَ حِجَجٍ﴾	٢٧	١٥٧
سورة الأحزاب		
﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللَّه وَقُولُواْ قَوْلاً سَدِيداً، ...﴾	٧٠	١
﴿يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ...﴾	٧١	١

الآية	رقمها	الصفحة
سورة الزخرف		
﴿نحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ في الحَيَاةِ الدُّنْيَا، ورَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضاً سُخْرِيّاً ورَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾	٣٢	٧٠
سورة الطلاق		
﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأْتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	٦	٦٩

فهرس الأحاديث النبوية

مطلع الحديث	الصفحة
حرف الألف	
"ابتاعي فاعتقي فإنما الولاء لمن أعتق.."	١٠٣
"احتجم النبي صلى اللّه عليه وسلم وأعطى الحجام أجرة	٧١
"إذا سافرتم في الخصب فأعطوا الإبل حظها.."	١٤١-١٤٢
"أضربوا الدواب على العثار، ولا تضربوها على النفار"	٢٠٩
"إلا شرطاً حرَّم حلالاً، أو أحل حراماً"	١٠٢
"إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني مايكفيني..."	٢٧-٢٨
"إن اللّه كره لكم ثلاثاً: قيل وقال ..."	٢٦٥
"إنا نكري فهل لنا من حج؟ قال: أليس تطوفون بالبيت.."	١٤٠-١٤١
"أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي صلى اللّه عليه وسلم فضربه ..."	٢٠٨-٢٠٩
"أهدت بعض أزواج النبي صلى اللّه عليه وسلم طعاماً في قصعة ..."	١٩
حرف الباء	
"بينما راع يرع في غنمه عدا عليه الذئب..."	١٤٢
حرف التاء	
"تداووا، عباد الله فإن الله لم يضع داءً إلا وضع معه شفاء..."	٣١٨
حرف الخاء	
"الخراج بالضمان"	١١١
حرف الدال	
"دع الناس يرزق اللّه بعضهم من بعض"	٢٨٥
حرف السين	
"سألت رافع بن خديج عن كراء الأراضي بالذهب والورق..."	٢٣٥-٢٣٦
حرف العين	
"العجماء جرحها جبار..."	٣٢

مطلع الحديث	الصفحة
"على اليد ما أخذت حتى تؤدي"	٢٠-٢١
حرف القاف	
قال اللّه تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطي بي ثم غدر . .	٧٠
حرف الكاف	
"كانت له ناقة ضارية . . ."	١٩-٢٠
"كان النبي صلى اللّه عليه وسلم عند بعض نسائه فأرسلت إحدى . . ."	١٨-١٩
"كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى اللّه عليه وسلم من كانت له أرض . . ."	٢٣٧
حرف اللام	
"لاتلقوا الركبان"	٢٨٥
"لاضرر ولا ضرار"	٢١
"لاضمان على مؤتمن"	٢٨٠
"لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى ناس . . ."	٣٠٠
حرف الميم	
"المسلمون على شروطهم . . ."	٢٦
"من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن . . .	٥١-٥٢
"من تطبب ولم يعلم منه الطب . . ."	٣١٣
حرف النون	
"نهى عن بيع وشرط"	١٠٤-١٠٥
حرف الواو	
"واستأجر رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم وأبوبكر رجلاً من بني الّديل . . ."	٧٠، ٧١
حرف الياء	
"ياابن خديج ماذا تحدث عن رسول اللّه في كراء الأرض . . ."	٢٣٧

فهرس الآثار

مطلع الأثر		الصفحة
أن علياً كان يضمن الأجير		٢٦٣-٢٦٤
أن عمر بن الخطاب ضمن الصباغ		٢٧٢
أن عمر بن الخطاب غرمه بضاعة كانت معه ...	"أنس"	٢٨٧
أنه كان يضمن الصباغ والصائغ، وقال: "لايصلح للناس إلا ذاك"		٢٧٢-٢٧٣
	"علي"	
"قضى في طفلة ماتت من الختان بديتها على عاقلة خاتنتها"		٣١٧
	"عمر"	

فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
"حرف الألف"	
١ – إبراهيم بن خالد – أبو ثور –	١٠٥
٢ – إبراهيم بن موسى الشاطبي	٢٨٤
٣ – أبو أمامة التيمي	١٤٠
٤ – أبوبكر بن مسعود – الكاساني –	١١٠
٥ – أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية	٥٧
٦ – أحمد بن علي – أبوبكر الجصاص –.	٢٠٤
٧ – أحمد بن علي بن محمد – ابن حجر العسقلاني –.	٢٨
٨ – أحمد بن عمر بن سريج	٢٣٩
٩ – أحمد بن محمد بن إبراهيم – الخطابي –.	٣١٤
١٠ – أحمد بن محمد بن الحجاج – المروزي –.	١٨٩
١١ – أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني	٥٣
١٢ – أحمد بن محمد العدوي – الدردير –.	١٨١
١٣ – أحمد بن محمد مكي – الحموي –.	١٣
١٤ – أسامة بن شريك	٣١٨
١٥ – إسحاق بن منصور المروزي	٢٧٠
١٦ – إسماعيل بن إبراهيم – ابن علية –.	٦٨
١٧ – إسماعيل بن يحيى – المزني –.	٢٧٩–٢٨٠
١٨ – أشهب بن عبد العزيز.	٥٣
١٩ – أصبغ بن الفرج	٣٠٥
٢٠ – أنس بن مالك	١٨
حرف الباء	
٢١ – البراء بن عازب الخزرجي	١٩
٢٢ – بريرة مولاة عائشة	١٠٢

العلم	الصفحة
حرف الجيم	
٢٣ - جابر بن عبد اللّه بن عمرو الأنصاري	٢٠٨
٢٤ - جعفر بن محمد بن علي	٢٧٢
حرف الحاء	
٢٥ - حاتم بن عنوان - المعروف بالأصم -.	٦٨
٢٦ - الحسن بن يسار البصري	١٦
٢٧ - الحسين بن مسعود البغوي	٢٣٩،٢٣٨
٢٨ - حنظلة بن قيس	٢٣٥
حرف الخاء	
٢٩ - خلاس بن عمرو البصري	٢٦٣
حرف الدال	
٣٠ - داود بن علي الظاهري	٢٤٣
حرف الراء	
٣١ - رافع بن خديج الأنصاري	٢٣٥
حرف الزاء	
٣٢ - زفر بن الهذيل	١٢٤
حرف السين	
٣٣ - سحنون بن سعيد التنوخي	١٢٩
٣٤ - سمرة بن جندب	٢٠
حرف الصاد	
٣٥ - صخر بن حرب بن أمية - أبوسفيان -	٢٧-٢٨
حرف الطاء	
٣٦ - طاهر بن عبد اللّه بن عمر - أبوالطيب الطبري -.	١١٣
٣٧ - طاووس بن كيسان	٢٣٦

العلم	الصفحة
حرف العين	
٣٨ – عائشة بنت أبي بكر الصديق	١٩
٣٩ – عبادة بن الصامت	٢١
٤٠ – عبد الخالق بن عيسى بن أحمد – الشريف أبوجعفر –	١٤٨
٤١ – عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي	٣٨
٤٢ – عبد الرحمن بن أحمد بن محمد – أبوالفرج السرخسي –.	١٧٧
٤٣ – عبد الرحمن بن صخر الدوسي	٧٠
٤٤ – عبد الرحمن بن القاسم العتقي	٨٤
٤٥ – عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر الأسيوطي – السيوطي –	٤١–٤٢
٤٦ – عبد الرحمن بن مأمون بن علي – أبوسعيد المتولي –.	٢٠٥
٤٧ – عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد – ابن الصباغ –.	١١٢
٤٨ – عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي	٨٩
٤٩ – عبد الله بن عباس	٧١
٥٠ – عبد الله بن عمر بن الخطاب	١٤٠، ١٤١
٥١ – عبد الملك بن حبيب	١٢٩
٥٢ – عبد الملك بن عبدالعزيز الماجشون	٥٣
٥٣ – عبد الملك بن عبد الله بن يوسف – إمام الحرمين الجويني –.	١٣٠
٥٤ – عثمان بن علي بن محجن – فخر الدين الزيلعي –.	٢٧٨
٥٥ – علي بن أبي طالب	٢٦٣، ٢٦٤
٥٦ – علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري	٢٣٦
٥٧ – علي بن سليم بن ربيع – الأذرعي –	٢٣٢
٥٨ – علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي	١٧٧، ١٧٨
٥٩ – علي بن محمد بن حبيب – أبوالحسن الماوردي –.	١٤٧، ١٤٨
٦٠ – عمر بن الخطاب	٢٧٢
٦١ – عمر بن محمد بن محمد بن علي – أبوحفص السرخسي –.	١٣٠

العلم	الصفحة
٦٢ – عمرو بن شعيب	١٠٤
٦٣ – عيسى بن أبان	٢٢١
حرف الميم	
٦٤ – مالك بن أنس	٨٨،٨٩
٦٥ – محفوظ بن أحمد بن الحسن – أبوالخطاب الكلوذاني –.	١٤٨
٦٦ – محمد بن إبراهيم الإسكندري – ابن المواز –.	٢١٩
٦٧ – محمد بن إبراهيم بن المنذر.	٨٥
٦٨ – محمد بن أبي بكر بن أيوب – ابن قيم الجوزية –.	٥٧
٦٩ – محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي	١٤٠
٧٠ – محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبوبكر السرخسي	٨٣،٨٤
٧١ – محمد بن أحمد بن أبي موسى	٢٦٣
٧٢ – محمد بن أحمد بن رشد المالكي	٦٠
٧٣ – محمد بن إدريس الشافعي	٨٤
٧٤ – محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز – ابن عابدين –.	٢٠٥
٧٥ – محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي	٤٦
٧٦ – محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني	٥٥
٧٧ – محمد بن الحسين بن الفراء – القاضي أبو يعلى –.	١٥٣
٧٨ – محمد بن عبد السلام بن يوسف	١٢٩،١٣٠
٧٩ – محمد بن علي الشوكاني	١٤
٨٠ – محمد بن عيسى بن سورة الترمذي	١٩
٨١ – محمد بن محمد بن حامد الأصبهاني	١٠
٨٢ – محمد بن محمد بن عرفة الورغمي	٢٤
٨٣ – محمد بن محمد بن محمد – أبوحامد الغزالي –.	١٣٠
٨٤ – المغيرة بن شعبة	٢٦٥

العلم	الصفحة
حرف النون	
٨٥ – نصر بن محمد بن أحمد – أبوالليث السمرقندي –.	٢٠٤
٨٦ – النعمان بن ثابت بن زوطي – أبوحنيفة –.	٥٤
حرف الهاء	
٨٧ – هند بنت عتبة	٢٧
حرف الياء	
٨٨ – يحيى بن شرف بن مري – النووي –.	١١٤
٨٩ – يعقوب بن إبراهيم بن حبيب – أبويوسف –.	٥٥
٩٠ – يوسف بن عبد اللّه بن محمد بن عبد البر النمري	٥٠

قائمة المصادر والمراجع

١ - القرآن الكريم.

كتب التفسير:

٢ - أحكام القرآن.
أبوبكر أحمد الرازي الجصاص، المتوفى سنة ٣٧٠هـ.
[الطبعة: بدون]، [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٣ - أحكام القرآن.
أبوبكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، المتوفى سنة ٥٤٣هـ.
تحقيق: علي محمد البجاوي.
الطبعة الثالثة. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م.

٤ - تفسير النسفي. المسمى مدارك التنزيل، وحقائق التأويل.
لأبي البركات عبد اللّه بن أحمد بن محمود النسفي، المتوفى سنة ٧١٠هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، [التاريخ: بدون].

٥ - تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان.
عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المتوفى سنة ١٣٧٦هـ.
حققه وضبطه ونسّقه وصححه: محمد زهري النجار.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٦ - الجامع لأحكام القرآن.
لأبي عبد اللّه محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المتوفى سنة ٦٧١هـ.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

كتب السنة:

٧ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل
محمد ناصر الدين الألباني.
إشراف: زهير الشاويش.
الطبعة الثانية. بيروت - دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٨ - بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني.
أحمد عبد الرحمن البنا.
مطبوع مع الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث الإسلامي، [التاريخ؛ بدون].
٩ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام.
أبو الفضل، شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ.
صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي.
الطبعة الثالثة. بيروت - لبنان: مؤسسة الكتب الثقافية، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
١٠ - تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي.
أبوالعلا، محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، المتوفى سنة ١٣٥٣هـ.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
١١ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير.
لأبي الفضل، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ.
عني بتصحيحه وتنسيقه والتعليق عليه: عبد الله هاشم اليماني المدني.
[الطبعة: بدون]، بيروت - لبنان: دار المعرفة، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.
١٢ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد.
الإمام الحافظ أبي عمر، يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ.
حققه وعلق حواشيه وصححه: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري.
الطبعة: الثانية. الرباط: قسم الشؤون الإسلامية بوزارة الأوقاف، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
١٣ - الجامع الصحيح. المعروف بسنن الترمذي.
أبوعيسى، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة ٢٩٧هـ.
المطبوع مع تحفة الأحوذي.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

١٤ - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام.

محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصّنعاني، المتوفى سنة ١١٨٢هـ.

تحقيق: محمد عبد القادر عطا.

الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

١٥ - سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة.

محمد ناصر الدين الألباني.

الطبعة الأولى. الرياض: مكتبة المعارف، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١٦ - سنن ابن ماجة.

ابوعبد اللّه، محمد بن يزيد القزويني، المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

حقق نصوصه، ورقم كتبه، وأبوابه وأحاديثه، وعلّق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي.

[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

١٧ - سنن أبي داود.

أبوداود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

[الطبعة: بدون]. القاهرة: دار الحديث، مكة المكرمة: المكتبة التجارية، [التاريخ: بدون].

١٨ - السنن الكبرى.

للإمام الحافظ أبي بكر، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المتوفى سنة ٤٥٨هـ.

[الطبعة: بدون]. بيروت، لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].

١٩ - سنن النسائي. المسمى المجتبى.

أحمد بن شعيب النسائي، المتوفى سنة ٣٠٣هـ.

المطبوع من زهر الربى لجلال الدين السيوطي وتعليقات مقتبسة من حاشية السندي.

الطبعة الأولى. مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٣هـ/ ١٩٦٤م.

٢٠ - شرح صحيح مسلم.
أبوزكريا، محي الدين بن يحي بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

٢١ - صحيح البخاري.
أبو عبدالله، محمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى سنة ٢٥٦هـ.
مطبوع مع فتح البارى
حَقّق أصولها وأجازها: الشيخ عبد العزيز بن عبدالله بن باز.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

٢٢ - صحيح مسلم.
أبوالحسين، مسلم بن الحجاج القشيري، المتوفى سنة ٢٦١هـ.
مطبوع مع شرح النووي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

٢٣ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري.
أبوالفضل، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ.
حقق أصولها وأجازها: الشيخ عبد العزيز بن عبدالله بن باز.
الطبعة الأولى، بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

٢٤ - الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني.
أحمد عبد الرحمن البنا.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث الإسلامي، [التاريخ: بدون].

٢٥ - فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير.
محمد عبد الرؤوف المناوي
الطبعة الثانية. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، ١٣٩١هـ/١٩٧٢م.

٢٦ - الكشف الحثيث عمن رمي بوضع الحديث.
برهان الدين الحلبي، المتوفى سنة ٨٤١هـ.
حققه وعلق عليه: صبحي السامرائي.
[الطبعة: بدون]. الجمهورية العراقية: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، [التاريخ: بدون].

٢٧ - المصنف.
لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ.
عني بتحقيق نصوصه - وتخريج أحاديثه والتعليق عليه: حبيب الرحمن الأعظمي.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٢٨ - معالم السنن.
أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي البستي، المتوفى سنة ٣٨٨هـ.
مطبوع مع مختصر سنن أبي داود.
تحقيق: محمد حامد الفقي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ/١٩٤٩م.

٢٩ - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك.
أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، المتوفى سنة ٤٩٤هـ.
الطبعة الثانية. القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، [التاريخ: بدون].

٣٠ - الموطأ.
مالك بن انس الأصبحي، المتوفى سنة ١٧٩هـ.
صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي.
الطبعة الثانية. القاهرة: دار الحديث، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٣١ - النهاية في غريب الحديث والأثر.
مجد الدين أبي السعادات، المبارك بن محمد الجَزَري ابن الأثير، المتوفى سنة ٦٠٦هـ.
تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناجي.
[الطبعة: بدون]. مكة المكرمة: دار الباز، [التاريخ: بدون].

٣٢ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار.
محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٥هـ.
[الطبعة: بدون] بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.

كتب الفقه:

الفقه الحنفي:-

٣٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق.

الشيخ زين الدين إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، المتوفى سنة ٩٧٠هـ.

الطبعة الثالثة. بيروت - لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٣٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧هـ.

[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، [التاريخ: بدون].

٣٥ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.

فخر الدين بن عثمان بن علي الزيلعي، المتوفى سنة ٧٤٣هـ.

الطبعة الأولى. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بمصر المحمية، ١٣١٥هـ.

أعيد طبعه بالأوفست. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار المعرفة، [التاريخ: بدون].

٣٦ - تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق.

محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري.

الطبعة الثالثة. بيروت - لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٣٧ - تكملة فتح القدير. المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار.

شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده أفندي، المتوفى سنة ٩٨٨.

الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٣٨ - حاشية ابن عابدين. المسماة رد المحتار على الدر المختار.

محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، المتوفى سنة ١٢٥٢هـ.

دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبدالموجود، وعلى محمد معوض.

قدَّم له وقرظه: محمد بكر إسماعيل.

الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

٣٩ - حاشية سعدي جلبي.
سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي، المتوفى سنة ٩٤٥هـ. المطبوع مع فتح القدير.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٤٠ - حاشية الشلبي على تبيين الحقائق.
أحمد بن محمد بن أحمد الشلبي، المتوفى سنة ١٠٢١هـ.
مطبوع بهامش تبيين الحقائق.
الطبعة الأولى. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بمصر المحمية، ١٣١٥هـ
أعيد طبعه بالأوفست. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار المعرفة، [التاريخ: بدون].
٤١ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام.
على حيدر.
تعريب: المحامي فهمي الحسيني.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، [التاريخ، بدون].
٤٢ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار.
محمد بن علي بن محمد المعروف بعلاء الدين الحصكفي، المتوفى سنة ١٠٨٨هـ.
مطبوع مع حاشية ابن عابدين.
دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض.
قدم له وقرَّظه: محمد بكر إسماعيل.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
٤٣ - الدر المنتقى في شرح الملتقى.
محمد بن علي بن محمد المعروف بعلاء الدين الحصكفي، المتوفى سنة ١٠٨٨هـ.
مطبوع بهامش مجمع الأنهر.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، [التاريخ: بدون].

٤٤ - العناية على الهداية.
للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، المتوفى سنة ٧٨٦هـ.
مطبوع بهامش فتح القدير.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٤٥ - الفتاوى البزازية. المسماة الجامع الوجيز.
للإمام حافظ الدين، محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردري الحنفي، المتوفى سنة ٨٢٧هـ.
مطبوع بهامش الفتاوى الهندية في ج٤، ٥، ٦.
الطبعة الرابعة. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
٤٦ - الفتاوى الهندية. المسماة الفتاوى العالمكيرية.
الشيخ النظام، ومعه جماعة من علماء الهند الأعلام.
الطبعة الرابعة. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
٤٧ - فتح القدير
كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، المتوفى سنة ٨٦١هـ.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٤٨ - المبسوط.
شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المتوفى سنة ٤٨٣هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار المعرفة، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
٤٩ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر.
عبدالله بن محمد بن سليمان، المعروف بداماد أفندي.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، [التاريخ: بدون].
٥٠ - مجمع الضمانات.
أبومحمد بن غانم بن محمد البغدادي.
الطبعة الأولى. بيروت: عالم الكتب، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

٥١ - الهداية: شرح بداية المبتدي.

برهان الدين، على بن أبي بكر المرغيناني، المتوفى سنة ٥٩٣هـ.

مطبوع مع فتح القدير.

الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].

ثانياً: الفقه المالكي:

٥٢ - الاعتصام.

ابو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشاطبي، المتوفى سنة ٧٩٠هـ.

تحقيق: سليم بن عيد الهلالي.

الطبعة الأولى. الخبر - المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

٥٣ - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير.

أحمد بن محمد الصاوي، المتوفى سنة ١٢٤١هـ.

مطبوع مع الشرح الصغير.

[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٥٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد.

أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، الشهير بابن رشد الحفيد، المتوفى سنة ٥٩٥هـ.

[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٥٥ - البيان والتحصيل.

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، المتوفى سنة ٥٢٠هـ.

تحقيق: د. محمد حجي.

الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٥٦ - التاج والإكليل لمختصر خليل.
لأبي عبدالله، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الشهير بالمواق، والمتوفي سنة ٨٩٧هـ.
مطبوع بهامش مواهب الجليل.
الطبعة الثالثة. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

٥٧ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام.
برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون.
الطبعة الأولى. المطبعة العامرة الشرفية بمصر المحمية، ١٣٠١هـ، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية.

٥٨ - حاشية البناني على شرح الزرقاني. المسماة بالفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني.
محمد بن الحسن البناني، المتوفى سنة ١١٩٤هـ.
مطبوع بهامش شرح الزرقاني على مختصر خليل.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٥٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
شمس الدين، محمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]، دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٦٠ - حاشية العدوي على الخرشي.
علي الصعيدي العدوي، المتوفى سنة ١١٨٩هـ.
[الطبعة:بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٦١ - حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني.
علي الصعيدي العدوي، المتوفى سنة ١١٨٩هـ.
[الطبعة:بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٦٢ - الخرشي على مختصر خليل.
أبوعبد الله الخرشي، المتوفى سنة ١١٠١هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٦٣ - الذخيرة.
شهاب الدين أبوالعباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي، المتوفى سنة ٦٨٤هـ.
تحقيق: الأستاذ محمد بوخبزة.
الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.
٦٤ - رسالة ابن أبي زيد القيرواني.
أبومحمد، عبد اللّه بن أبي زيد بن عبد الرحمن القيرواني، المتوفى سنة ٣٨٦هـ.
مطبوع مع كفاية الطالب وحاشية العدوي عليه.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٦٥ - شرح حدود ابن عرفة. المسماة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية.
أبوعبد اللّه محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع، المتوفى سنة ٨٩٤هـ.
تحقيق: محمد أبوالأجفان، والطاهر المعموري.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م.
٦٦ - شرح الزرقاني على مختصر خليل.
عبد الباقي الزرقاني، المتوفى سنة ١٠٩٩هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.
٦٧ - الشرح الصغير.
أبوالبركات، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المتوفى سنة ١٢٠١هـ.
مطبوع بهامش بلغة السالك لأقرب المسالك.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٦٨ - الشرح الكبير على مختصر خليل.
أبوالبركات، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المتوفى سنة ١٢٠١هـ.
مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٦٩ - العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام.
أبومحمد، عبدالله بن عبد الله بن سلمون الكناني.
مطبوع بهامش تبصرة الحكام.
الطبعة الأولى. المطبعة العامرة الشرفية بمصر المحمية، ١٣٠١هـ، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية.

٧٠ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.
أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، المتوفى سنة ١١٢٥هـ.
ضبطت هذه الطبعة وصححت بإشراف لجنة من رجال العلم.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٧١ - القوانين الفقهية.
أبوالقاسم، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المتوفى سنة ٧٤١هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، [التاريخ: بدون].

٧٢ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي.
أبوعمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.

٧٣ - كشف القناع عن تضمين الصناع.
أبوعلي، الحسن بن رحال المعداني، المتوفى سنة ١١٤٠هـ.
دراسة وتحقيق: محمد أبوالأجفان.
الطبعة الأولى. تونس: الدار التونسية للنشر، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات "بيت الحكمة"، ١٩٨٦م.

٧٤ - كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني.
أبوالحسن، علي بن محمد المالكي، المتوفى سنة ٩٣٩هـ.
مطبوع مع حاشية العدوي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٧٥ - المدونة الكبرى.
مالك بن أنس الأصبحي، المتوفى سنة ١٧٩هـ.
رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم.
مطبوع مع مقدمات ابن رشد.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

٧٦ - المعونة.
القاضي عبد الوهاب البغدادي، المتوفى سنة ٤٢٢هـ.
تحقيق ودراسة: حَميش عبد الحق.
[الطبعة: بدون]. الرياض - مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

٧٧ - مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام.
أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠هـ.
مطبوع مع المدونة الكبرى.
الطبعة الأولى، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

٧٨ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.
أبوعبدالله، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، المتوفى سنة ٩٥٤هـ.
الطبعة الثالثة. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

ثالثاً: الفقه الشافعي:

٧٩ - الأم.
أبوعبدالله، محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى سنة ٢٠٤هـ.
الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٨٠ - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب.
أبويحي، زكريا الأنصاري، المتوفى سنة ٩٢٥هـ.
مطبوع بهامش حاشية الشرقاوي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٨١ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج.
شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي، المتوفى سنة ٩٧٤هـ.
مطبوع بهامش حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني، والشيخ أحمد قاسم العبادي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار إحياء التراث العربي، [التاريخ: بدون].
٨٢ - التكملة الثانية للمجموع.
محمد بخيت بن حسين المطيعي، المتوفى سنة ١٣٥٤هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].
٨٣ - التنبيه.
أبوإسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ.
إعداد مركز الخدمات والأبحاث الثقافية.
الطبعة الأولى، بيروت - لبنان: عالم الكتب، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
٨٤ - حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج.
أحمد قاسم العبادي.
مطبوع مع تحفة المحتاج.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار إحياء التراث العربي، [التاريخ: بدون].
٨٥ - حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج.
أبو الضياء، نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ.
مطبوع مع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.
الطبعة الأخيرة. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
٨٦ - حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب.
عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهري الشهير بالشرقاوي، المتوفى سنة ١٢٢٦هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٨٧ - حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج.
عبد الحميد الشرواني.
مطبوع مع تحفة المحتاج.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٨٨ - حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج.
شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، المتوفى سنة ٩٥٧هـ.
مطبوع مع شرح المحلي على المنهاج.
[الطبعة: بدون]. مصـر: دار إحياء الكتب العربية، لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، [التاريخ: بدون].

٨٩ - حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج
شهاب الدين أحمد بن سلامة القليوبي المصري، المتوفى سنة ١٠٦٩هـ
مطبوع مع شرح المحلي على المنهاج.
[الطبعة: بدون]. مصـر: دار إحياء الكتب العربية، لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، [التاريخ: بدون].

٩٠ - الحاوي الكبير.
أبوالحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي، المتوفى سنة ٤٥٠هـ
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمود مطرجي، وساهم معه بالتحقيق: د. ياسين ناصر الخطيب، بكتاب الزكاة. ود. عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، بكتاب النكاح، ود. أحمد حاج محمد شيخ ماحي، بكتاب الوصايا.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار الفكر، المكتبة التجارية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

٩١ - روضة الطالبين وعمدة المفتين.
أبوزكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

٩٢ - شرح المحلي على المنهاج.
جلال الدين محمد بن أحمد المحلي، المتوفى سنة ٨٦٤هـ.
مطبوع بهامش حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي.
[الطبعة: بدون]. مصر: دار إحياء الكتب العربية، لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، [التاريخ: بدون].

٩٣ - فتح العزيز شرح الوجيز.
أبوالقاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، المتوفى سنة ٦٢٣هـ.
مطبوع مع المجموع شرح المهذب.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٩٤ - المجموع شرح المهذب.
أبوزكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي،ا لمتوفى سنة ٦٧٦هـ.
مطبوع مع فتح العزيز شرح الوجيز، وتلخيص الحبير.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٩٥ - مختصر المزني.
أبوإبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني.
المطبوع مع الأم.
الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٩٦ - المهذب.
أبوإسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ.
[الطبعة: بدون]. مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٤٣هـ.

٩٧ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.
شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة ٩٧٧هـ.
مع تعليقات للشيخ جوبلي بن إبراهيم الشافعي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٩٨ - منهاج الطالبين. المسمى بالمنهاج
أبوزكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
مطبوع مع مغني المحتاج.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

٩٩ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.
شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري، الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ.
المطبوع مع حاشية أبي الضياء، وحاشية المغربي.
الطبعة الأخيرة. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

١٠٠ -الوجيز.
أبوحامد الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ.
مطبوع مع فتح العزيز شرح الوجيز، والمجموع.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].

رابعاً :- الفقه الحنبلي.

١٠١ -الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف.
علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، المتوفى سنة ٨٨٥هـ.
صححه وحققه: محمد حامد الفقي.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، [التاريخ: بدون].

١٠٢ -إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل.
عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد الزريراني الحنبلي، المتوفى سنة ٧٤١هـ.
تحقيق ودراسة: عمر بن محمد بن عبد الله السبيل.
[الطبعة: بدون]. مكة المكرمة: مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، ١٤١٤هـ.

١٠٣ -تصحيح الفروع.

علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ثم الصالحي الحنبلي، المتوفى سنة ٨٨٥هـ.

راجعه: عبد الستار أحمد فراج.

مطبوع مع الفروع.

الطبعة الرابعة. بيروت: عالم الكتب، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

١٠٤ -حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع.

جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، المتوفى سنة ١٣٩٢هـ.

الطبعة السادسة. [مكان النشر: بدون]، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

١٠٥ -الروض المربع بشرح زاد المستقنع.

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ.

مطبوع مع حاشية الروض المربع.

الطبعة السادسة. [مكان النشر: بدون]، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

١٠٦ -زاد المعاد في هدي خير العباد.

شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١هـ.

حقق نصوصه، وخرج أحاديثه، وعلّق عليه: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط.

الطبعة الثالثة عشر. بيروت: مؤسسة الرسالة. الكويت: مكتبة المنار الإسلامية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٠٧ -الشرح الكبير على متن المقنع.

شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٨٢هـ.

مطبوع مع المغني.

الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

١٠٨ -شرح منتهى الإرادات. المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى.
منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ.
الطبعة الأولى. بيروت: عالم الكتب، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
١٠٩ -الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية.
شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١هـ.
خرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
١١٠ -العدة شرح العمدة.
بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٤هـ.
طبعة جديدة مصحّحة مرقمة ومخرجة الآيات والأحاديث، اعتنى بها: الشيخ خليل مأمون شيحا.
الطبعة الثانية. بيروت – لبنان: دار المعرفة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
١١١ -العمدة.
موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة ٦٢٠هـ.
مطبوع مع العدة.
الطبعة الثانية. بيروت – لبنان: دار المعرفة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
١١٢ -الفروع.
شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح، المتوفى سنة ٧٦٣هـ.
راجعه: عبد الستار أحمد فراج.
مطبوع مع تصحيح الفروع.
الطبعة الرابعة. بيروت: عالم الكتب، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
١١٣ -الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل.
أبومحمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ.
تحقيق: زهير الشاويش.
الطبعة الخامسة. بيروت، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

١١٤ -كشاف القناع عن متن الإقناع.
منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ.
راجعه وعلق عليه: الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال.
[الطبعة: بدون]. بيروت – لبنان: دار الفكر، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

١١٥ -المبدع في شرح المقنع.
أبو إسحاق برهان الدين، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المتوفى سنة ٨٨٤هـ.
الطبعة الأولى. دمشق، بيروت: المكتب الإسلامي، [التاريخ: بدون].

١١٦ -مجموع الفتاوى.
شيخ الإسلام أحمد بن تيمية.
جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، وساعده ابنه محمد.
[الطبعة: بدون]. الرياض – المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

١١٧ -المغني.
موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة ٦٢٠هـ.
طبعة جديدة منقحة مرقمة المسائل والفصول طبقاً للمعجم الصادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في الكويت.
مطبوع مع الشرح الكبير.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

١١٨ -المقنع.
موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ.
مطبوع مع حاشية بخط الشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب.
[الطبعة : بدون]. الرياض – المملكة العربية السعودية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

١١٩ -منار السبيل في شرح الدليل.
إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان.
مطبوع مع حاشية النكت والفوائد على منار السبيل.
الطبعة الثانية. الرياض - المملكة العربية السعودية: مكتبة المعارف، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

خامساً: الفقه الظاهري.

١٢٠ -المحلى بالآثار.
أبومحمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦هـ.
تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

كتب القواعد الفقهية:

١٢١ -الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية.
جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
١٢٢ -الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان.
زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، المتوفى سنة ٩٧٠هـ.
١٢٣ -تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية.
محمد علي بن حسين بن إبراهيم المكي المالكي، المتوفى سنة ١٣٦٧هـ
مطبوع بهامش كتابي الفروق، وإدرار الشروق على أنواء الفروق.
[الطبعة: بدون]. بيروت: عالم الكتب، [التاريخ: بدون].
١٢٤ -غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر.
أحمد بن محمد الحنفي الحموي، المتوفى سنة ١٠٩٨م.
مطبوع معه الأشباه والنظائر لابن نجيم.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

١٢٥ -الفروق. المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق.
شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي، المتوفى سنة ٦٨٤هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت: عالم الكتب، [التاريخ: بدون].
١٢٦ -القواعد.
أبوالفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، المتوفى سنة ٧٩٥هـ.
راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبد الرءوف سعد.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الجيل، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
١٢٧ -قواعد الأحكام في مصالح الأنام.
أبومحمد، عز الدين بن عبد السلام السلمي، المتوفى سنة ٦٦٠هـ.
روجعت على نسخة العلامة اللغوي: محمود بن التلاميد الشنقيطي التي صححها وراجعها بخطه؛ المحفوظة بدار الكتب الملكية بمصر.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار المعرفة، [التاريخ: بدون].
١٢٨ -القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية.
أبوالحسن، علاء الدين "ابن اللحام" علي بن عباس البعلي الحنبلي، المتوفى سنة ٨٠٣هـ.
بتحقيق وتصحيح: محمد حامد الفقي.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
١٢٩ -المنثور في القواعد.
بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، المتوفى سنة ٧٩٤هـ
حققه: الدكتور تيسير فائق أحمد محمود. وراجعه: الدكتور عبد الستار أبوغدة.
مصورة بالأوفست عن الطبعة الأولى. الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

كتب أصول الفقه:

١٣٠ -الإحكام في أصول الأحكام.
سيف الدين أبي الحسن، علي بن أبي علي بن محمد الآمدي.
الطبعة الأولى. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

١٣١ -شرح الكوكب المنير. المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه.
محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ.
تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي، والدكتور نزيه حماد.
الطبعة الثانية. مكة المكرمة: مركز البحوث وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، ١٤١٣هـ.

١٣٢ -كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي.
علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، المتوفى سنة ٧٣٠هـ.
ضبط وتعليق وتخريج: محمد المعتصم بالله البغدادي.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الكتاب العربي، ١٤١١هـ/١٩٩١م.

١٣٣ -نهاية السول في شرح منهاج الأصول.
جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون]: عالم الكتب، [التاريخ: بدون].

كتب اللغة:

١٣٤ -الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان.
أبوالعباس، نجم الدين بن الرفعة الأنصاري، المتوفى سنة ٧١٠هـ.
حققه وقدم له: الدكتور محمد أحمد إسماعيل الخاروف.
[الطبعة: بدون]. مكة المكرمة: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، [التاريخ: بدون].

١٣٥ -التعريفات.
علي بن محمد بن علي الجرجاني، المتوفى سنة ٨١٦هـ.
الطبعة الثالثة. بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

١٣٦ -الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية.
إسماعيل بن حماد الجوهري.
تحقيق: أحمد عبد الغفور عطّار
الطبعة الرابعة. بيروت - لبنان: دار العلم للملايين، ١٩٩٠م.
١٣٧ -القاموس المحيط.
مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي.
[الطبعة: بدون]. بيروت: دار الجيل، [تاريخ النشر: بدون].
١٣٨ -القاموس المحيط.
مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي.
الطبعة الخامسة. بيروت - لبنان: مؤسسة الرسالة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
١٣٩ -لسان العرب.
أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور.
نسقّه وعلّق عليه ووضع فهارسه: علي شيري.
الطبعة الثانية. بيروت: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ/١٩٨٢م.
١٤٠ -مختار الصحاح.
محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المتوفى سنة ٦٦٦هـ.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتاب العربي، ١٩٦٧م.
١٤١ -المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.
أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المتوفى سنة ٧٧٠هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.
١٤٢ -المعجم الوسيط.
قام ياخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار.
الطبعة الثانية. استانبول - تركيا: المكتبة الإسلامية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

١٤٣ -المقاييس في اللغة.
أبوالحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، المتوفى سنة ٣٩٥هـ.
حققه: شهاب الدين أبوعمرو.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الفكر، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٤٤ -المنجد في اللغة والأعلام.
الطبعة الثالثة والعشرون. بيروت: دار المشرق، [التاريخ: بدون].

كتب التراجم والسير:-

١٤٥ -الإصابة في تمييز أسماء الصحابة.
لأبي الفضل، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن علي العسقلاني ثم المصري، الشافعي، المعروف بابن حجر، المتوفى سنة ٨٥٢هـ.
دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض.
قدم له وقرّظه: الأستاذ الدكتور/ محمد عبد المنعم البرّي، الدكتور عبد الفتاح أبوسنة، الدكتور جمعة طاهر النجّار.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
١٤٦ -الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين.
خير الدين الزركلي.
الطبعة الثامنة. بيروت – لبنان: دار العلم للملايين، تموز (يوليو) ١٩٨٩م.
١٤٧ -البداية والنهاية.
لأبي الفداء، الحافظ ابن كثير الدمشقي، المتوفى سنة ٧٧٤هـ.
دقق أصوله وحققه: الدكتور أحمد أبوملحم، الدكتور علي نجيب عطوي، الأستاذ فؤاد السيد، الأستاذ مهدي ناصر الدين، الأستاذ علي عبد الساتر.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
١٤٨ -البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع.
محمد بن علي الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت – لبنان: دار المعرفة، [التاريخ: بدون].

١٤٩ -تاريخ بغداد، أو مدينة السلام.
أبوبكر، أحمد بن علي الخطيب البغدادي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ.
[الطبعة: بدون]. بيروت – لبنان: دار الكتاب العربي، [التاريخ: بدون].
١٥٠ -تهذيب التهذيب.
شهاب الدين، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٥٨٢هـ.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
١٥١ -حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة.
جلال الدين، عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ.
تحقيق: محمد أبوالفضل إبراهيم.
الطبعة الأولى. [مكان النشر: بدون]، ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م.
١٥٢ -الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب.
ابن فرحون المالكي، المتوفى سنة ٧٩٩هـ.
دراسة وتحقيق: مأمون بن محيي الدين الجنان.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.
١٥٣ -الذيل على طبقات الحنابلة.
زين الدين أبو الفرج، عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد بن رجب البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة ٧٩٥هـ.
مطبوع مع طبقات الحنابلة.
خرّج أحاديثه ووضع حواشيه: أبوحازم أسامة بن حسن، أبو الزهراء حازم علي بهجت.
الطبعة الأولى. بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
١٥٤ -سير أعلام النبلاء.
أبوعبد الله، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى سنة ٧٤٨هـ.
أشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط.
الطبعة الثالثة. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

١٥٥ -شجرة النور الزكية في طبقات المالكية.
محمد بن محمد مخلوف.
[الطبعة: بدون]. مصر ، ١٣٤٩هـ.
١٥٦ -شذرات الذهب في أخبار من ذهب.
شهاب الدين أبي الفلاح، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري بن العماد الحنبلي، المتوفى سنة ١٠٨٩هـ.
أشرف على تحقيقه وتخريج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط.
حققه وعلّق عليه: محمود الأرناؤوط.
الطبعة الأولى. دمشق - بيروت: دار ابن كثير، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
١٥٧ -صفة الصفوة
جمال الدين أبو الفرج، عبد الرحمن بن علي الجوزي، المتوفى سنة ٥٩٧هـ
صنع فهرسه: عبد السلام محمد هارون.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
١٥٨ -الضوء اللامع لأهل القرن التاسع.
شمس الدين، محمد بن عبد الرحمن السخاوي.
[الطبعة: بدون]. بيروت - لبنان: دار مكتبة الحياة، [التاريخ: بدون].
١٥٩ -طبقات الحنابلة.
للقاضي أبي الحسين، محمد بن أبي يعلى، المتوفى سنة ٥٢٧هـ.
ومعه كتاب الذيل على طبقات الحنابلة.
خرّج أحاديثه ووضع حواشيه: أبوحازم أسامة بن حسن، أبوالزهراء حازم علي بهجت.
الطبعة الأولى. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
١٦٠ -طبقات الشافعية.
تقي الدين، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر ابن قاضي شهبة الدمشقي، المتوفى سنة ٨٥١هـ.
اعتنى بتصحيحه وعلّق عليه: الدكتور الحافظ عبد العليم خان.
رتّب فهارسه في ضوء قواعد الفهرس العام: الدكتور عبد اللّه أنيس الطبّاع.
الطبعة الأولى. بيروت: عالم الكتب، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

١٦١ -الفوائد البهية في تراجم الحنفية مع التعليقات السنية على الفوائد البهية.
محمد عبد الحي اللكنوي الهندي.
عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه: محمد بدر الدين أبوفراس النعاني.
[الطبعة: بدون] القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، [التاريخ: بدون].
١٦٢ -الكامل في ضعفاء الرجال.
أبوأحمد، عبد اللّه بن عدي الجرجاني، المتوفى سنة ٣٦٥هـ.
تحقيق وضبط ومراجعة: لجنة من المختصين بإشراف الناشر.
الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الفكر، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
١٦٣ -ميزان الاعتدال في نقد الرجال.
أبوعبدالله، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى سنة ٧٤٨هـ.
تحقيق: على محمد البجاوي.
الطبعة الأولى. [مكان النشر: بدون] دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٨٢هـ/١٩٦٣م.
١٦٤ -النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة.
جمال الدين أبو المحاسن، يوسف بن تغرى بردى الأتابكي، المتوفى سنة ٨٧٤هـ.
نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب مع استدراكات وفهارس جامعة.
[الطبعة: بدون]. وزارة الثقافة والإرشاد القومي المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، [التاريخ: بدون].

كتب ورسائل وبحوث مختلفة.

١٦٥ -أصول الجغرافيا الزراعية ومجالاتها.
محمد محمود محمدين.
الطبعة الأولى. الرياض: مكتبة الخريجي، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٦٦ -الإجارة الواردة على عمل الإنسان "دراسة مقارنة".
الدكتور شرف بن علي الشريف.
الطبعة الأولى. جدة: دار الشروق، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

١٦٧ -الإجماع.
ابن المنذر، المتوفى سنة ٣١٨هـ.
دراسة وتحقيق: الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد.
تقديم: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود.
[الطبعة: بدون]، الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
١٦٨ -أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي.
إعداد: ستر بن ثواب الجعيد.
الطبعة الأولى. الطائف: مكتبة الصديق، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
١٦٩ -أحكام تلف الأموال في الفقه الإسلامي "أطروحة دكتوراه".
عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل.
إشراف: الأستاذ الدكتور نزيه كمال حماد.
قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة ١٤٠٨هـ.
١٧٠ -أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها.
محمد بن محمد المختار الشنقيطي.
الطبعة الثانية. جدة: مكتبة الصحابة، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٧١ -التأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه.
عبد الله محمد عبد الله.
بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس. جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م.
١٧٢ -تعريف المسئولية المدنية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الإسلامي.
محمد بن محمد بن شتا أبوسعد.
بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد السادس، الرياض، محرم ١٤١٣هـ.

١٧٣ -تغير الفتوى: مفهومه وضوابطه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي.
د. عبد الله بن حمد الغطيمل.
بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والثلاثون. الرياض.
١٧٤ -حكمة التشريع وفلسفته.
على أحمد الجرجاوي.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] دار الفكر، [التاريخ: بدون].
١٧٥ -حوادث السير.
عبد الله محمد عبد الله.
بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي، الدورة الثامنة، العدد الثامن. جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٧٦ -دليل إجراءات الشحن الجوي على الخطوط الجوية العربية السعودية.
[الطبعة: بدون]. الرياض - المملكة العربية السعودية: الغرفة التجارية الصناعية.
١٧٧ -شرح القانون البحري السعودي.
ثروت عبد الرحيم.
الطبعة الأولى. الرياض: عمادة شؤون المكتبات بجامعة الملك سعود، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م.
١٧٨ -صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف.
إعداد الدكتور: محمد عثمان شبير.
بحث في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة. المجلد الثاني.
الطبعة الأولى. عمان، الأردن: دار النفائس، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
١٧٩ -الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة وتبعة ذلك على المؤجِّر والمستأجر.
إعداد الدكتور: محمد سليمان الأشقر.
بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي.
مطبوع في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى. عمان، الأردن: دار النفائس، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

١٨٠ -فتاوى الهيئة الشرعية للبركة.
فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لقطاع الأموال بمجموعة دلة البركة (مضموماً إليها فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لشركتي التوفيق والأمين سابقاً).
جمع وتنسيق وفهرست: د. عبد الستار أبو غدة، أ. عز الدين خوجة.
الطبعة الأولى. [مكان النشر: بدون] مجموعة دلة البركة - قطاع الأموال، شركة البركة للإستثمار والتنمية، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
١٨١ -الفقه الإسلامي وأدلته.
وهبة الزحيلي.
الطبعة الثالثة. سورية - دمشق: دار الفكر، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
١٨٢ -قواعد ومسائل في حوادث السير.
محمد تقي العثماني.
بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي، الدورة الثامنة، العدد الثامن. جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٨٣ -مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني.
أحمد بن عبد الله القاري.
دراسة وتحقيق: د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، د. محمد إبراهيم أحمد علي.
الطبعة الأولى. جدة - المملكة العربية السعودية: تهامة، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.
١٨٤ -مجلة البحوث الفقهية المعاصرة.
مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي.
الرياض - المملكة العربية السعودية. الشركة السعودية للتوزيع.
العدد السابع عشر "فتاوى الفقهاء".
العدد الثامن عشر "مسائل في الفقه".
العدد الحادي والعشرون "مسائل في الفقه.
١٨٥ -المدخل الفقهي العام.
مصطفى أحمد الزرقا.
طبعة منقحة ومزيدة، مذيلة بفهارس عديدة، وفهرس أبجدي هام.
الطبعة التاسعة. دمشق: مطابع الف باء، دار الفكر، ١٩٦٧م/١٩٦٨م.

١٨٦ -الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية.
أحمد فراج حسين.
الطبعة الأولى. [مكان النشر: بدون] مؤسسة الثقافة الجامعية، [التاريخ: بدون].
١٨٧ -الموسوعة الفقهية
الطبعة الرابعة. مصر: دار الصفوة، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
١٨٨ -نظام المرور في المملكة العربية السعودية.
صدر هذا النظام بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/٤٩ تاريخ ٩١/١١/٦. ونشر بجريدة أم القرى رقم ٢٤١٠ في ١٣٩٢/١/١٠هـ. الطبعة الثانية. الرياض - مطابع الحكومة الأمنية، ١٤٠٦هـ.
١٨٩ -نظرية الخطأ في الفقه الإسلامي "أطروحة دكتوراه".
محمد بن عبد الله بن محمد الأحمد.
إشراف: الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبوسنة.
قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
١٩٠ -نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.
محاضرات ألقاها فضيلة الأستاذ: علي الخفيف.
القسم الأول: دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء.
[الطبعة: بدون]. [مكان النشر: بدون] جامعة الدول العربية: معهد البحوث والدراسات العربية.
١٩١ -نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام.
محمد فوزي فيض الله.
الطبعة الأولى. الكويت: مكتبة دار التراث، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
١٩٢ -نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"
وهبة الزحيلي.
[الطبعة: بدون]. دمشق: دار الفكر، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

ملخص الرسالة .... ج
الإهداء .... د
الشكر والتقدير .... هـ
المقدمة ١
خطة البحث ٣
منهجي في البحث ٧
الصعوبات التي واجهتني في البحث ٩

الباب التمهيدي

" التعريف بالضمان والإجارة" ١١ – ٧٨

ويتضمن فصلين:

الفصل الأول ١٢–٦٣

التعريف بالضمان والواجب فيه

وفيه : مباحث:

المبحث الأول: تعريف الضمان ١٣
أ - الضمان لغة ١٣
ب - الضمان اصطلاحاً ١٣
شرح التعريف ١٦
المبحث الثاني: مشروعية الضمان ١٨
أ - من الكتاب ١٨
ب - من السنة ١٨
ج - الإجماع ٢٢
د - من المعقول ٢٢
المبحث الثالث: موجبات الضمان ٢٣
١ - الموجب الأول: التعدي ٢٤

المعيار الذي يُعرف به التعدي........................ ٢٦
٢ - الموجب الثاني: الضرر ٢٨
شروط محل الضرر ٣١
٣ - الموجب الثالث: إمكانية نسبة الفعل الموجب للضمان إلى
من يراد تضمينه ٣٣
تعريف المباشرة وحكمها........................ ٣٤
تعريف التسبب........................ ٣٥
حكم ضمان المتسبب........................ ٣٥
حكم الضمان إذا اجتمع المباشر مع المتسبب ٣٦
المبحث الرابع: أسباب الضمان........................ ٣٩
أ - السبب في اللغة ٣٩
ب - السبب في الاصطلاح........................ ٣٩
ج - أسباب الضمان ٣٩
١ - العقد........................ ٤٠
العقد بمعناه العام........................ ٤٠
العقد بمعناه الخاص........................ ٤٠
أركان العقد........................ ٤١
كيف يكون العقد سبباً من أسباب الضمان........................ ٤١
أقسام العقود من حيث الضمان وعدمه ٤٢
عقود ضمان........................ ٤٢
عقود أمانة........................ ٤٢
عقود مزدوجة الأثر ٤٣
ضابط للتفريق بين عقود الضمان وعقود الأمانة........................ ٤٣
٢ - السبب الثاني: اليد........................ ٤٤
تقسيم الأيدي من حيث الضمان وعدمه........................ ٤٤

يد ضمان.. ٤٤
يد الأمانة... ٤٥
متى تتغير اليد من الأمانة إلى الضمان ٤٥
٣ - ثالثاً :- الإتلاف ٤٥
٤ - رابعاً : الحيلولة ٤٦
المبحث الخامس: الواجب في الضمان "التعويض" ٤٨
وفيه مطلبان:
المطلب الأول: كيفية التعويض.................................... ٤٨
تعريف المثلي والقيمي... ٥٠
المطلب الثاني: وقت تقدير القيمة ٥٣
يوم تقدير القيمة إن كان سبب الضمان الإتلاف ٥٦
المبحث السادس: تقادم الحق في الضمان "التعويض" ٥٧

الفصل الثاني

التعريف بالإجارة ٦٣ - ٧٨

وفيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: تعريف الإجارة..................................... ٦٤
أ - الإجارة لغة.. ٦٤
ب - الإجارة شرعاً ٦٤
شرح التعريف ٦٦
المبحث الثاني: مشروعية الإجارة وحكمتها.......................... ٦٨
أ - من الكتاب.. ٦٨
ب - من السنة ٧٠
ج - الإجماع والمعقول.. ٧٢
الحكمة من مشروعية الإجارة.. ٧٢

شبهة من منع الإجارة والرد عليها ٧٣

المبحث الثالث: أركان الإجارة وشروطها ٧٥

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أركان الإجارة ٧٥

المطلب الثاني: شروط الإجارة ٧٦

الباب الأول: - ضمان العين المستأجرة ٧٩ - ٢٥٣

وفيه فصلان

الفصل الأول

أحكام عامة تتعلق بضمان العين المستأجرة ٨٠ - ١٣٣

وفيه تمهيد ومباحث:

تمهيد: عن تقسيمات الفقهاء للإجارة ٨٠

المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة إذا تلفت في يد المستأجر ٨٢

ويحوي تمهيد ومطلبين:

تمهيد: عن صفة يد المستأجر على العين المؤجَّرة ٨٢

المطلب الأول: ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بفعل المستأجر. ٨٣

المطلب الثاني: ضمان العين المستأجرة إذا تلفت بغير فعل المستأجر ٨٧

أ - تلف العين المستأجرة بالآفة السماوية ٨٧

ب - تلف العين المستأجرة بفعل شخص أجنبي ٩١

١ - إن دفع العين لمن يفوقه في الضرر ٩١

٢ - إن دفع العين لمن يماثله في الضرر ٩٣

المذهب الأول ٩٣

المذهب الثاني ٩٤

الترجيح ٩٦

مسألة: مالو شرط المؤجِّر على المستأجر أن لايستوفي المنفعة إلا بنفسه . ٩٨
القول الأول..٩٨
القول الثاني..٩٨
القول الثالث..٩٩
الترجيح..٩٩
المبحث الثاني: اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان ١٠١
وفيه مطلبان:
المطلب الأول: حكم اشتراط المؤجِّر على المستأجر الضمان.....١٠١
القول الأول..١٠١
القول الثاني..١٠٢
المطلب الثاني: أثر اشتراط الضمان على صحة العقد...............١٠٣
المذهب الأول..١٠٣
المذهب الثاني ١٠٥
الترجيح..١٠٦
المبحث الثالث: ضمان المستأجر للعين إذا لم يسلّم العين المؤجَّرة....١٠٧
أ - إن أمسك العين لعذر..١٠٨
ب - إن أمسكها لغير عذر..١٠٨
١ - القسم الأول ١٠٨
٢ - القسم الثاني ١٠٨
٣ - القسم الثالث ١٠٨
٤ - القسم الرابع..١٠٩
القول الأول..١٠٩
القول الثاني..١٠٩
القول الثالث..١١٢

مسألة: هل يلزم المستأجر إعلام المؤجِّر بانتهاء مدة الإجارة......١١٢
مسألة: إذا اشترط المؤجِّر على المستأجر أن يرد العين المستأجرة إليه ١١٢
القول الأول...١١٢
القول الثاني..١١٣
الترجيح..١١٤
مسألة: إذا تلفت العين في إثناء الرد ١١٥
المبحث الرابع: اختلاف المؤجِّر والمستأجر في التعدي والتفريط.....١١٧
الترجيح ١١٩
المبحث الخامس: الضمان في الإجارة الفاسدة...........................١٢٠
أ - الفاسد في اللغة...١٢٠
ب - الإجارة الفاسدة في الشرع ١٢٠
ج - حكم الإجارة الفاسدة...١٢٢
١ - وقت استحقاق الأجرة في الإجارة الفاسدة..........................١٢٣
٢ - مقدار الواجب في الإجارة الفاسدة...................................١٢٣
د - الضمان في الإجارة الفاسدة...١٢٤
المبحث السادس: صيانة العين المؤجَّرة وإصلاحها ١٢٦

الفصل الثاني

تطبيقات الفقهاء لأحكام الضمان العامة على

المسائل الفقهية **١٣٧-٢٥٤**

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: ضمان وسائل النقل، ووسائل العمل........................١٣٨
ويتضمن مقدمة ومطلبين:
مقدمة: عن حكم إجارة وسائل النقل، والعمل.............................١٣٨
أ - من الكتاب ١٣٩

ب - من السنة ١٤٠
ج - من العقل... ١٤٣
المطلب الأول: ضمان وسائل النقل ١٤٥
ويحوي ثلاثة أقسام:
القسم الأول: مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للركوب ١٤٥
تمهيد: عن حكم تعيين راكب الدابة ١٤٥
القول الأول.. ١٤٥
القول الثاني.. ١٤٨
الترجيح... ١٤٩
مسألة: الضمان فيمن اكترى دابة ليركبها فأركب غيره مكانه...... ١٥١
المذهب الأول... ١٥١
المذهب الثاني ١٥٢
الترجيح... ١٥٣
مسألة: الضمان بإركاب الرديف.. ١٥٥
أ - إذا سلمت الدابة بعد إركاب الرديف.................................. ١٥٥
القول الأول.. ١٥٥
القول الثاني.. ١٥٨
الترجيح... ١٥٨
ب - إذا تلفت الدابة بالإرداف.. ١٥٨
١ - الحنفية والمالكية ١٥٩
المذهب الأول... ١٥٩
المذهب الثاني ١٦٠
٢ - الشافعية... ١٦١
٣ - الحنابلة ١٦٢

الترجيح.. ١٦٣
مسألة: ضمان من استأجر دابة ليركبها فحمل عليها................ ١٦٥
مسألة: الضمان بالمخالفة في ركوب الدابة بالسرج أو الإكاف ... ١٦٧
الصورة الأولى: الضمان فيمن اكترى دابة على أن يركبها عرياً
فركبها بسرج أو إكاف............................ ١٦٧
الصورة الثانية: لو اكتراها ليركبها بسرج فركبها عرياً.......... ١٦٨
الصورة الثالثة: إن اكتراها ليركبها بسرج فأسرجها بغيره ١٦٩
الحالة الأولى ١٦٩
الحالة الثانية ١٦٩
الصورة الرابعة: إن اكتراها ليركب بسرج فركب بإكاف...... ١٧٠
القول الأول... ١٧٠
القول الثاني... ١٧٠
الترجيح.. ١٧١
الصورة الخامسة: لو اكتراها ليركبها بإكاف فركب بسرج... ١٧١
القول الأول... ١٧١
القول الثاني... ١٧١
مسألة: إذا لجم الدابة ١٧٢
القسم الثاني: مسائل في ضمان الدواب المستأجرة للحمل ١٧٣
مايجب تعريفه في القدر الذي تحمله الدابة ١٧٣
بما تحصل المعرفة ١٧٣
القول الأول ١٧٣
القول الثاني... ١٧٤
مسألة: ضمان المكتري إذا خالف وحمّل الدابة غير المشروط..... ١٨٠
الحالة الأولى: مخالفة المستأجر في جنس المحمول.......... ١٨٠
الصورة الأولى ١٨٠

الترجيح.. ١٨٣
الصورة الثانية.. ١٨٤
المذهب الأول.. ١٨٥
المذهب الثاني.. ١٨٦
المذهب الثالث.. ١٨٦
الترجيح.. ١٨٧
الحالة الثانية: الضمان بزيادة القدر المحمول........................ ١٨٨
أ - إذا سلمت الدابة.. ١٨٨
المذهب الأول.. ١٨٨
المذهب الثاني.. ١٨٨
المذهب الثالث.. ١٨٨
المذهب الرابع.. ١٩٠
المذهب الخامس.. ١٩٠
ب - إذا تلفت الدابة.. ١٩٠
الترجيح.. ١٩٤
مسألة: من يعود عليه الضمان بالزيادة على القدر المشروط........ ١٩٦
الصورة الأولى: إن حصلت الزيادة من المكتري........................ ١٩٦
الحالة الأولى.. ١٩٦
الحالة الثانية.. ١٩٦
الصورة الثانية: إن حصلت الزيادة من المكري........................ ١٩٩
الحالة الأولى.. ١٩٩
الحالة الثانية.. ١٩٩
الصورة الثالثة: إن حصلت الزيادة بصنع كل من المكري
والمكتري.. ٢٠١
الصورة الرابعة: إن كانت الزيادة من صنع الأجنبي.................... ٢٠٢
١ - مستأجر المستأجر.. ٢٠٢

٢ - غير العاقدين ٢٠٢
مسألة: الضمان فيمن اكترى دابة ليحمل عليها فركبها ٢٠٤
القول الأول ٢٠٤
القول الثاني ٢٠٥
الترجيح ٢٠٦
القسم الثالث: مسائل مشتركة في ضمان دواب الركوب والحمل ٢٠٧
مسألة: ضمان المستأجر إذا ضرب الدابة أو لجمها فتلفت ٢٠٧
القول الأول ٢٠٧
القول الثاني ٢٠٨
الترجيح ٢١٠
مسألة: الضمان فيمن اكترى مركوباً ليسلك به طريقاً فسلك آخر ٢١١
أ - إذا خالف في الطريق والمكان ٢١١
١ - إن كان الثاني أشق ٢١١
٢ - إن كان مساوياً ٢١٢
القول الأول ٢١٢
القول الثاني ٢١٣
الترجيح ٢١٤
ب - إذا خالف في الطريق مع اتحاد المكان ٢١٥
الحالة الأولى ٢١٥
الحالة الثانية ٢١٦
الترجيح ٢١٦
مسألة: فيمن اكترى مركوباً ليسير به إلى مكان معين فجاوزه ٢١٧
أ - إن سلمت الدابة ٢١٧
المذهب الأول ٢١٧

المذهب الثاني ٢١٧
المذهب الثالث ٢١٧
ب - إن تلفت الدابة ٢١٩
فرع: فيمن اكترى دابة إلى مسافة معينة فجاوزها ثم عاد إلى الوفاق.... ٢٢١
المذهب الأول ٢٢١
المذهب الثاني ٢٢٢
المذهب الثالث ٢٢٢
المطلب الثاني: ضمان وسائل العمل ٢٢٤
خلاصة المسألة ٢٢٧
المبحث الثاني: ضمان العقارات الثابتة ٢٢٩
ويحوي مطلبين
المطلب الأول: ضمان الدور والمنازل ٢٢٩
حكم كراء الدور وضمانها ٢٢٩
المطلب الثاني: ضمان الأراضي ٢٣٥
أ - حكم كراء الأراضي ٢٣٥
المذهب الأول ٢٣٥
المذهب الثاني ٢٣٦
ب - ضمان الأراضي ٢٣٨
حالات كراء الأراضي ٢٣٨
الحالة الأولى ٢٣٨
الحالة الثانية ٢٣٩
الحالة الثالثة ٢٤٠
الحالة الرابعة ٢٤٢
الحالة الخامسة ٢٤٤

الحالة السادسة..٢٤٦
الحالة السابعة..٢٤٦
الحالة الثامنة..٢٤٧
ج - كيفية ضمان الدور والأراضي..٢٤٨
المذهب الأول..٢٤٨
المذهب الثاني..٢٥١
المذهب الثالث..٢٥٢
الترجيح..٢٥٤

الباب الثاني: ضمان الأجير ٢٥٥ - ٣٢١

وفيه فصلان

الفصل الأول

ضمان الأجير الخاص ٢٥٦ - ٢٦٦

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الأجير الخاص..٢٥٧
التعريف المختار..٢٦٠
إطلاقات الفقهاء على الأجير الخاص..٢٦٠
أمثلة على الأجير الخاص..٢٦١
المبحث الثاني: ضمان الأجير الخاص..٢٦٢
صور لتعدي الأجير الخاص وتفريطه..٢٦٦

الفصل الثاني

ضمان الأجير المشترك ٢٦٧ - ٣٢١

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الأجير المشترك..٢٦٨
المبحث الثاني: ضمان الأجير المشترك..٢٧٠

المذهب الأول ٢٧٠
الأدلة والمناقشة ٢٧١
المذهب الثاني ٢٧٤
الأدلة والمناقشة ٢٧٦
المذهب الثالث ٢٧٩
الأدلة والمناقشة ٢٨٠
المذهب الرابع ٢٨٦
الأدلة والمناقشة ٢٨٧
الترجيح ٢٨٨
المبحث الثالث: مسائل متعلقة بضمان الأجير المشترك ٢٨٩
مسألة: ضمان الأجير المشترك إذا حبس العين لاستيفاء الأجرة ٢٨٩
القول الأول ٢٨٩
القول الثاني ٢٩٠
الترجيح ٢٩١
مسألة: اختلاف الأجير والمستأجر ٢٩٣
أ - في التعدي والتفريط ٢٩٣
المذهب الأول ٢٩٣
المذهب الثاني ٢٩٣
ب - اختلافهما في صفة العمل ٢٩٥
المذهب الأول ٢٩٥
الأدلة ٢٩٥
كيفية التضمين ٢٩٦
المذهب الثاني ٢٩٨
الأدلة ٢٩٨
المذهب الثالث ٣٠١

الأدلة ٣٠١
الترجيح... ٣٠٢
مسألة: كيفية تضمين الأجير المشترك........................ ٣٠٣
المذهب الأول ٣٠٣
المذهب الثاني ٣٠٤
المذهب الثالث ٣٠٦
الترجيح... ٣٠٦
مسألة: تابع الأجير.. ٣٠٧
مسألة : ضمان الطبيب.. ٣١٠
تمهيد: عن معنى الطب وحكم تعلّمه ٣١٠
أقوال العلماء في ضمان الطبيب................................. ٣١١
شروط عدم ضمان الطبيب ٣١٢
الشرط الأول ٣١٢
الشرط الثاني ٣١٥
الشرط الثالث ٣١٦
المذهب الأول ٣١٦
أدلته... ٣١٧
المذهب الثاني ٣١٧
الأدلة ٣١٨
الترجيح... ٣١٩
كيفية تضمين الطبيب ٣٢١
الخاتمـــة ٣٢٢
الفهارس العامة للرسالة... ٣٢٦
فهرس الآيات القرآنية... ٣٢٧

فهرس الأحاديث النبوية ٣٣١
فهرس الآثار ٣٣٤
فهرس الأعلام ٣٣٧
قائمة المصادر والمراجع.. ٣٤٢
فهرس الموضوعـات.. ٣٧٥